

*Die geschichtliche Entwicklung
des § 48 Ehegesetz*

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Assessor
Peter Graehl
aus Halberstadt
1966*

*Die geschichtliche Entwicklung
des § 48 Ehegesetz*

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Assessor
Peter Graehl
aus Halberstadt
1966*

Dekan: Professor Dr. Erich Streißler
Referent: Professor Dr. Horst Müller
Korreferent: Professor Dr. Hans Stoll

Tag der mündlichen Prüfung: 24. Februar 1966



I

Inhalts-Übersicht

Einführung	S. 1
------------------	------

Erstes Kapitel

Deutsche Bestrebungen nach dem ersten Weltkrieg zur Reform des Scheidungsrechts (Scheidungsgrund der objektiven Zerrüttung der Ehe).....	S. 4
--	------

I. Das Verschuldensprinzip und die Einflüsse von Kriegs- und Nachkriegszeit	S. 4
---	------

II. Ausländische und deutsche Vorbilder

1. Ausländische Vorbilder	S. 7
---------------------------------	------

2. Deutsche Vorbilder: Die objektive Zerrüttung der Ehe in den deutschen Scheidungsrechten vor 1900	S. 14
---	-------

III. Die Reformbewegung nach dem Ende des ersten Weltkrieges.....	S. 26
---	-------

1. Typen zerrütteter Ehen - Zerrüttung ohne Verschulden	S. 27
---	-------

2. Scheinprozesse	S. 29
-------------------------	-------

3. Weitere Nachteile des bisherigen Scheidungsprozesses	S. 31
---	-------

IV. Die Einwände der Reformgegner	S. 32
---	-------

V. Die Vorschläge zur Änderung des Scheidungsrechtes und ihre Behandlung im Reichstag ...	S. 40
---	-------

Zweites Kapitel

§ 55 EheG 1938

I. Die objektive Zerrüttung im Ehegesetz 1938: § 55 EheG	S. 45
--	-------

II. Die Auslegung des § 55 EheG durch Rechtsprechung und Lehre	S. 49
--	-------

II

1. Die Auslegung des Absatzes I S. 49
2. Die Auslegung des Absatzes II S. 56

Drittes Kapitel

- § 48 EheG 1946 S. 69

- I. § 48 EheG 1946 - der frühere § 55 EheG 1938 S. 69
- II. Die Auslegung des § 48 Abs. I EheG S. 73
 1. Die Zerrüttung der Ehe S. 73
 2. Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft S. 74
- III. Die Auslegung des § 48 Abs. II EheG S. 78
- IV. Die Berücksichtigung der Interessen minderjähriger Kinder S. 94
 1. Die Einführung des § 48 III S. 94
 2. Die Auslegung des Absatzes III S. 97
- V. Die Änderung des § 48 Abs. II durch den Dritten Deutschen Bundestag S. 112
 1. Die Auseinandersetzung in Öffentlichkeit und Bundestag um die Änderung der Vorschrift S. 112
 2. Die neuere Judikatur des BGH auf der Grundlage der geänderten Vorschrift S. 123
 3. Die Änderung des § 547 ZPO S. 132

- Zusammenfassung S. 135

III

Verzeichnis der Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AkFDR	Akademie für Deutsches Recht
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 5.2.1794
Amtl.Begr.	Amtliche Begründung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGB-RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bzw.	beziehungsweise
Cap.	Capitel
C.c.	Code civil vom 3.9.1807
ders.	derselbe
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung

DR	Deutsches Recht
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
EheG	Ehegesetz
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht.
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung für Deutschland
Gruchots Beitr.	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
H.	Heft
HEZ	Höchststrichterliche Entscheidungen in Zivilsachen
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
Jg.	Jahrgang
Jh.	Jahrhundert
JMBLNRW	Justiz- und Ministerialblatt von Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
jur.Diss.	juristische Dissertation
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
Komm.	Kommentar

LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
n.F.	bei Gesetzen: neue Fassung bei Veröffentlichungen: neue Folge
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OAG	Oberappellationsgericht
OG	Oberstes Gericht der Sowjetischen Besatzungszone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen
OLG	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts; mit Ortsangabe: Oberlandesgericht
Recht	Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite
s.	siehe
SBZ	Sowjetische Besatzungszone
Schweiz.Jur.Zeit.	Schweizer Juristen-Zeitung
Seuff.Arch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
Seuff.Bl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung

VI

u.a.	unter anderem
Urt.	Urteil
v.	vom, von
VO	Verordnung
WarnE	Die Rechtsprechung des Reichs- gerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Otto Warneier
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
zit.	zitiert

VII

Literaturverzeichnis:

- | | |
|---------------------|--|
| Alma, Harry | Ein Vorschlag zur Eherechtsreform,
Wien, 1930 |
| Auert | Das neue großdeutsche Eherecht,
Berlin, 1938 |
| Bachrach, Adolf | Österreichisches Ehetrennungs- und
Ehescheidungsrecht in JW 1920, S.602 |
| Bähr, O. | Zur Beurtheilung des Entwurfs eines
bürgerlichen Gesetzbuches für das
Deutsche Reich, München, 1888 |
| ders., | Gegenentwurf zu dem Entwurf eines
bürgerlichen Gesetzbuches für das
Deutsche Reich, Kassel, 1892 |
| Baumbach-Lauterbach | Zivilprozeßordnung, Kurzkommentar,
27.Aufl., 1963, München und Berlin |
| Begründung | zu dem Gesetz über die Vereinheit-
lichung des Rechts der Eheschlies-
sung und der Ehescheidung im Lande
Österreich und im übrigen Reichs-
gebiet vom 6.Juli 1938 in DJ 1938,
S. 1102 |
| Behaghel, W. | Das Badische bürgerliche Recht und
der Code Napoléon, 3.Aufl., 1.Bd.,
Tauberbischofsheim, 1892 |
| Beitzke, Günther | Zum Ehegesetz vom 20.2.1946 in DRZ 1946,
S.136 |
| ders. | Anmerkung zum Urteil des KG
Berlin vom 1.8.1947 in SJZ 1948, S.263 |
| ders. | Familienrecht, 10.Aufl., München
und Berlin, 1962 |
| Bergerfurth, Bruno | Zur Erschwerung der Ehescheidung in
FamRZ, 1962, S.246 ff. |
| Bergmann, Alexander | Internationales Ehe- und Kindschafts-
recht, 3.Aufl., Bd.I,II,IV und V,
Frankfurt, 1957 |
| Bergmann, Walter | Die Scheidung sittlich nicht mehr
gerechtfertigter Ehen (§ 55 des
EheG) in DJ 1939, S.376 |
| Berolzheimer | Gutachten aus dem Anwaltsstande
über die erste Lesung des Entwurfs
eines Bürgerlichen Gesetzbuches,
Buch IV, Familienrecht, Berlin 1890 |
| Boehmer, Gustav | Einführung in das bürgerliche Recht,
2.Aufl., Tübingen, 1965 |

VIII

- | | |
|--------------------------|---|
| Bosch, Friedrich-Wilhelm | Familienrechtsreform, Siegburg, 1952 |
| ders. | Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie, Siegburg, 1954 |
| ders. | Ehescheidung gemäß § 48 EheG und mißbräuchliche Rechtsausübung in FamRZ 1962, S.182 |
| Bovensiepen, Otto Rudolf | Die Reform des Ehescheidungsrechtes, Kölner jur.Diss.,1935 |
| Braun, Margrit | Das Kind in der Ehescheidungsfamilie in der Zeitschrift Pro Juventute 1932, S.418 |
| Brinkmann | Das wohlverstandene Interesse der minderjährigen Kinder in § 48 Abs.III des EheG in NJW 1947/48,S.575 |
| Bruns, Rudolf | Zur Auslegung des § 48 des EheG 1946 in SJZ 1947,S.651 |
| Conrad, Hermann | Grundprobleme einer Reform des Familienrechts, Köln, 1954 |
| Danielcik, Hans-Peter | Die Scheidungsklage nach § 55 des EheG in JW 1938, S.2866 |
| Dettmers | Anmerkung zum Urteil des OLG Oldenburg in NJW 1947/48, S.103 |
| Doebeli, Peter | Die Bedeutung der Ehe für die leibseelische Entwicklung des Kindes, Heft Nr.40 der Informationsrundschreiben der Deutschen Arbeitsgemeinschaft für Jugend- und Eheberatung, S. 2 ff |
| Dölle, Hans | Grundsätzliches zum Ehescheidungsrecht, Tübingen, 1946 |
| ders. | Anmerkung zur Entscheidung des OGH Britz in DRZ 1948, S.439 |
| ders. | Familienrecht, Bd.I, Karlsruhe,1964 |
| Dreßler | Halbjährige Erfahrungen mit § 55 des EheG in DJ 1939, S.380 |
| Dunz, Walter | Das neue Familienrechtsänderungsgesetz in NJW 1961, S.2137 ff. |
| Egger-Escher-Haab | Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1.Abt.: Das Eherecht,2.Aufl., Zürich, 1936 |

- Enneccerus-Kipp-Wolff Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Das Familienrecht, 5. Bearbeitung, 15. bis 17. Auflage, Marburg, 1925
- Erhardt, Kurt Ein neues Ehescheidungsrecht!, München, Berlin und Leipzig, 1919
- Erlor Scheidung schuldlos zerrütteter Ehen in DJZ 1927, S. 348
- Freisler, Roland Vom alten zum neuen Ehescheidungsrecht, Berlin, 1937
- Friedberg, Emil Beiträge zur Geschichte des Brandenburgisch-Preußischen Ehrechts in Zeitschrift für Kirchenrecht, VII. Jahrgang, 1867, S. 56 ff
- Fuchs, Dieter Die Zerrüttung der Ehe, Kölner jur. Diss., 1961
- Fuchs, Johannes Zur Reform des Ehescheidungsrechts in DRZ, 1925, S. 179
- Gehring, Hans-Peter Die Ehescheidung in Mitteldeutschland, Bonner jur. Diss., 1963
- Gernhuber, Joachim Lehrbuch des Familienrechts, München und Berlin, 1964
- Gierke, Otto Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig, 1889
- Giese, Friedrich Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie in FamRZ 1954, S. 132
- Godin, Reinhard
Freiherr von Anmerkung zu den Urteilen des Bayer. ObLG v. 12.1.1949 und des OGHBrZ vom 13.1.1949 in SJZ 1949, S. 628/31
- Guggemos, M. Anmerkung zur Entscheidung des KG vom 1.8.1947 in NJW 1947/48, S. 388
- Habscheid, Walther Kritische Gedanken zur Rechtsprechung des BGH zu § 48 EheG in MDR 1953, S. 337
- ders. Die Wiederholung der abgewiesenen Heimtrennungsklage (§ 48 EheG), Mannheim, 1953
- ders. Die Rechtsprechung zum Eheauflösungsrecht in FamRZ 1958, S. 202; 1963, S. 10ff; 1964, S. 60 ff.
- Hachenburg Der Verband "Eherechtsreform" in JW 1922, S. 5
- Hackmack, Alfred Kinder aus geschiedenen Ehen, Hamburger jur. Diss., 1955

- Haffter Kinder aus geschiedenen Ehen, 2.Aufl.,
Bern und Stuttgart, 1960
- Henle, Rudolf Erleichterung der Ehescheidung?,
Rostock, 1927
- Hesse, Hans-Gerd Evangelisches Ehescheidungsrecht in
Deutschland, Bonn, 1960
- Hinderling, Hans Das Schweizerische Ehescheidungsrecht,
Zürich, 1952
- Hoethker, Hans-Ulrich Die Trennung von Tisch und Bett neben
der Ehescheidung. De lege lata et de
lege ferenda. Bonner jur.Diss., 1959
- Hoffmann, E. Anmerkung zum Urteil des OLG Köln,
in NJW 1954, S.1528
- Hohermuth, B. Das Kind in der Ehescheidungsfamilie in
Schweiz. Zeitung für Gemeinnützigkeit,
1937 (76. Jahrgang), S.38
- Hoyer Eine befreiende Tat? in LZ 1922, S.22
- Hummel, Wilhelm Der Scheidungsgrund der unheilbaren Zer-
rüttung unter besonderer Berücksichti-
gung der österreichischen Rechtsprechung,
Marburger Diss., 1956
- Jakubetzky, Karl Bemerkungen zu dem Entwurf eines Bürger-
lichen Gesetzbuches für das deutsche
Reich, München, 1892
- Johannsen Anmerkung zu LM Nr.45 zu § 48 II EheG
- Jonas, M. Zum neuen Ehescheidungsrecht, in Fest-
schrift für Erwin Bumke, Berlin, 1939
- Kafka, Wilhelm Das tschechoslowakische Ehescheidungs-
und Ehetrennungsrecht in Gerichtszeitung
(76. Jahrgang, Nr.1), Wien, 1925
- Kahl, Wilhelm Ehescheidung wegen objektiver Ehezer-
rüttung in Gruchots Beitr. 67, S.1 ff.
- ders. Zur Reform des Ehescheidungsrechts in
DJZ 1927, S.552
- Karger, von Zur Reform des Ehescheidungsrechts in
JW 1924, S.400
- Klink, Kurt Die Reformbestrebungen im Ehescheidungs-
recht, Königsberger jur.Diss., 1928
- Krille, Hans Anmerkung zum Urteil des OGHBrZ in NJW
1947/48, S.472

- Kuhnke, Hans-Helmut Die vertragliche Ermöglichung und Erleichterung der Ehescheidung, Tübinger jur.Diss., 1932
- Lange, Heinrich Rezension des Werkes "Ehe und Recht" von Müller-Freienfels in NJW 1963, S. 1968
- Larenz, Karl Grundsätzliches zum Ehescheidungsrecht in DR 1937, S.184
- Lauterbach, Wolfgang Scheidung aufgrund der Auflösung der häuslichen Gemeinschaft in ZAkDR 1938, S.728
- ders. Die erste grundsätzliche Entscheidung des Reichsgerichts zur Auslegung von § 55 Abs.II EheG in ZAkDR 1939,S.234
- ders. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 55 Abs.2 des EheG in ZAkDR 1939, S.378
- Lehmann, Heinrich Deutsches Familienrecht, 3.Aufl., Berlin, 1960
- Leonardy Rezension des Lehrbuchs von Beitzke, Familienrecht, in JBl,Saar,1962,S.11
- Lersch Revisionen aus § 48 EheG in NJW 1953, S.290 ff
- Linsser,Hans-Ferdinand Ehescheidung ohne Verschulden in rechtsvergleichender Betrachtung, Göttinger jur.Diss.,1948
- May, Richard Ehescheidungs-Psychologie und Ehekunde im 173.Bd. der Preußischen Jahrbücher, S.322, Berlin, 1918.
- ders. Reform der Ehescheidung in JW 1922, S.5
- Mayr-Harting Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für die Tschechoslowakei in DJZ 1932, S.1250
- ders. Das Eherecht der Tschechoslowakei in DJZ 1926, S.1130
- Mikat, Paul Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip in FamRZ 1962, S.81,273,497 und FamRZ 1963, S.65
- Mößmer, Ferdinand Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechtes, Berlin, 1935

- ders. Zur Auslegung des § 55 EheG in ZAKDR 1939, S.292
- Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd.4, Familienrecht, Berlin und Leipzig, 1888
- Müller, Horst Rezension des Werkes "Ehe und Recht" von Müller-Freienfels in: Das Ständesamt, 16.Jahrgang, Nr.5., 1963, S.137 ff
- ders. Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen in JZ 1963, S.437
- Mugdan, B. Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Viertes Buch, Familienrecht, Berlin, 1899
- Müller-Freienfels, Wolfram Ehe und Recht, Tübingen, 1962
- ders. Zur Scheidung wegen Glaubenswechsels, JZ 1964, S.305
- Munk, Marie Vorschläge zur Umgestaltung des Rechts der Ehescheidung und der elterlichen Gewalt nebst Gesetzentwurf, Berlin, 1923
- Nathan Anmerkungen zu den Entscheidungen des LG und des OLG Dresden in NJ 1949, S.171
- Nehlert, Gerhard Das Ehegesetz des Kontrollrates für Deutschland in JR 1947, S.69
- Neubecker Zur Reform des Ehegesetzes in DJZ 1921, S. 555
- Niesert, Felix Ehegesetz vom 20.2.1946, Kommentar, 1946
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, herausgegeben von Danckelmann, Gramm, Hoche, Keidel und Lauterbach, 24.Aufl., München und Berlin, 1965
- Pieper, P. Ehescheidung oder Zwangsehe? Stockholm, 1921
- Portmann, Heinrich Das unauflösliche Band, Münster, 1950
- Raske, August Ehescheidungen aufgrund des § 48 des Ehegesetzes in DRiZ 1960.S.321

Rebstein-Metzger, Emmy	Scheidung schuldlos zerrütteter Ehen in DJZ 1927, S.715
Rilk, Otto	Zur Auslegung des § 55 EheG in JW 1939, S.270
Rolland, Walter	Die Entwicklung des deutschen Eherechts seit 1920 unter besonderer Berücksichtigung der Stellungnahme der christlichen Kirchen, Marburger jur.Diss., 1957
Rosenberg, Kurt	Ehescheidung und Eheanfechtung nach deutschem und ausländischem Recht und Ehescheidung der Ausländer in Deutschland, Berlin, 1926
Roth, Fritz	Die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses als Problem der Rechtsprechung, Berner jur.Diss., 1936
Satter, Karl	Entwicklungsstufen des Ehescheidungsrechts in Gerichtszeitung (Wien) 1925, S.8
Scanzoni, von, Gustav	Scheidung ohne Verschulden, Berlin, 1942
ders.	Das großdeutsche Ehegesetz vom 6.Juli 1938, Kommentar, 3.Aufl., Berlin, 1943; 2.Aufl., Berlin, 1939
Scheidegger, O.	Ehe und Ehescheidung, Basel, 1952
Schell, Josef Anton	§ 48 EheG 1946 im Lichte allgemeiner Rechtslehren und deren Anwendung im Vertragsrecht, Heidelberger jur.Diss., 1948
Schmidt, Arthur	Zur Reform des Ehescheidungsrechtes in DJZ 1922, S.214
Schneider, Herbert	Verschuldens- oder Zerrüttungsprinzip in DR 1937, S.142
ders.	Die Rechtsprechung des BGH zu § 48 EheG in NJW 1953, S.281
Schultz; Rundschau:	Blick in die Zeit, MDR 1962, S.877 (879)
Schumacher, Albert	Scheidungsverfahren gegen deutsche Frauen in den besetzten Ostgebieten, FamRZ 1954, S.117

- Schwarzhaupt, Elisabeth Zu § 48 Abs.II EheG - Scheidung gegen den Willen des schuldlosen Ehegatten? in FamRZ 1961, S.466
- Sihler, Heinrich Darstellung und kritische Betrachtung der Scheidungsgründe des Ehegesetzes, Tübinger jur.Diss., 1940
- Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, IV.Bd., Familienrecht, § 48 (bearbeitet von Vogel) 9.Aufl., Stuttgart, 1963
- Soltikow-Bennecke, Walter, Graf Das Problem der objektiven Ehezerüttung in Deutschland, Frankreich und England, Bonner jur.Diss., 1929
- Spott Die Grundzüge des § 55 EheG, DR 1939, S.24
- Steindorf, Joachim Interzonales Ehescheidungsrecht, Mainzer jur.Diss., 1959
- Stölzel, Adolf Das Ehescheidungsrecht kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit, von Wasserschleben, in Gruchots Beitr., Jahrgang 24, S.782
- ders. Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, 2.Bd., Berlin, 1888
- Strebel, I. Geschiedene Ehen, Luzern, 1943
- Svoboda, Emil Das Eherecht in der Tschechoslowakischen Republik, in Leske-Löwenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, Bd.IV: Das Eherecht der europäischen Staaten und ihrer Kolonien, 1.Teil, S.279, Berlin, 1937
- Thoma, Anton Die objektive Ehezerüttung als Scheidungsgrund, Münchener jur.Diss., 1956
- Traumann, Friedrich Das Ehescheidungsrecht der Zukunft, Berlin, 1920
- Verhandlungen des Reichstages, I.Wahlperiode 1920, Stenogr.Berichte von der 54.Sitzung am 22.1.1922 bis zur 73.Sitzung am 2.3.1921

- Verhandlungen des Reichstages, I. Wahlperiode 1920, Anlagen zu den Stenogr. Berichten Nr. 4398 bis 4920
- Verhandlungen des Zwanzigsten Deutschen Juristentages, 2. und 4. Bd., Berlin, 1889
- Vogt Zur Umbildung des Ehescheidungsrechts, Gruchots Beiträge, 65, S. 659
- Volkmar Großdeutsches Eherecht, Kommentar zum Ehegesetz vom 6. Juli 1938 mit sämtlichen Durchführungsvorschriften, herausgegeben von Volkmar-Antoni-Ficker, Rexroth-Anz, München und Berlin, 1939
- ders. Das neue Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht, II. Teil in DJ 1939, S. 1145
- Weber, Marianne Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, Tübingen, 1907
- dieselbe Die Idee der Ehe und die Ehescheidung, Tübingen, 1929
- dieselbe Frauenfragen und Frauengedanken: Das Problem der Ehescheidung, Tübingen, 1919
- Weiß, Egon Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für die Tschechoslowakische Republik in Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1933, S. 542
- Wieacker, Franz Geschichtliche Ausgangspunkte der Ehereform in DR 1937, S. 178 ff
- ders. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, Göttingen, 1952
- Wieczorek, Bernhard Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Kommentar, Bd. VII, Nachträge, Berlin, 1963
- Wieruszowski Besprechung des Buches von Marie Munk, Vorschläge zur Umgestaltung des Rechts der Ehescheidung und der elterlichen Gewalt nebst Gesetzentwurf in JW 1925, S. 329

Wolf-Lücke-Hax	Scheidung und Scheidungsrecht, Tübingen, 1959
Wurzer	Ist eine Erleichterung der Ehescheidung erforderlich? in JW 1922, S.1000
Zusammenstellung	der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, gefertigt im Reichsjustizamt, Bd.IV, Äußerungen zum Familienrecht, Berlin, 1890

E i n f ü h r u n g

Das Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften (Familienrechtsänderungsgesetz) vom 11.8.1961¹⁾ brachte als eine der wesentlichsten Änderungen eine Neufassung des § 48 Absatz 2 Ehegesetz. Die Wirkung des Widerspruchs des schuldlosen oder weniger schuldigen Ehegatten wurde gegenüber der bisherigen Regelung verstärkt²⁾.

Mit dieser Gesetzesänderung scheint der Schlußstrich unter die wechselvolle und umkämpfte Geschichte des § 48 EheG gezogen zu sein. Kaum eine Vorschrift des bürgerlichen Rechts hatte Wissenschaft, Rechtsprechung³⁾ und Öffentlichkeit derart häufig beschäftigt und dabei die unterschiedlichsten Beurteilungen erfahren, wie dieser Ehescheidungsgrund⁴⁾. Sahen die einen in ihm eine "Wohltat des Gesetzgebers"⁵⁾, ein "brauchbares Regulativ für absolute Fehlehen"⁶⁾, so ist er für andere eher als Ausdruck des Zerrüttungsprinzips ehefeindlich, nicht mehr zeitgemäß als Ausfluß national-sozialistischen Rechtsdenkens⁷⁾.

1) Bundesgesetzblatt I, 1221 ff.

2) zur Änderung des § 48 II durch das Familienrechtsänderungsgesetz vgl. 3. Kapitel 5. Abschnitt

3) mit keiner materiell-rechtlichen Bestimmung habe sich der BGH seit seinem Bestehen so häufig befassen müssen wie mit § 48 EheG, schreibt Schneider im Jahre 1953 (NJW 1953, 281). Lersch zufolge (NJW 1953, 290 ff) waren in den ersten Jahren des Bestehens des BGH von 56 Ehescheidungsklagen, über die der BGH zu befinden hatte, 39 aus § 48 angestrengt.

4) Bundesrichter Raske, DRiZ 1960, 321: "Es gibt wohl in unserem gesamten Zivilrecht keine Bestimmung, deren Anwendung und Auslegung den Richter vor eine - menschlich und rechtlich - so schwierige Aufgabe stellt und ihn zugleich mit einer so schweren Verantwortung belastet".

5) Dettmers, NJW 1947/48, 103 (104)

6) Lersch, a.a.O., Seite 291

"Noch existiert bei uns seit Hitler ein EheG, das die bürgerliche Scheidung selbst gegen den Willen des die eheliche Treue haltenden unschuldigen Ehegatten zuläßt und darüber hinaus die staatliche Sanktionierung des treulosen Ehebruches durch spätere Heirat der Ehebrecher ermöglicht" formulierte 1961 der frühere Familienminister Würmeling⁸⁾. Ähnliche Einwände kommen von Repräsentanten der katholischen Kirche⁹⁾ und finden sich auch im juristischen Schrifttum; Conrad¹⁰⁾ zufolge enthält § 48 einen nationalsozialistischen Kern, und auch für Hoethker¹¹⁾ ist die Ideologie des Nationalsozialismus für die Gestaltung des geltenden Ehescheidungsrechtes maßgebend gewesen und habe dieses heute somit anachronistisch werden lassen.

Diese Einwände vor Augen, wird man nicht fehlgehen, wenn trotz kürzlicher Gesetzesänderung - die für die Kritiker der Norm eben keine restlose Abhilfe schaffte - weiterhin mit einem lebhaften Streit der Meinungen um diesen Scheidungsgrund gerechnet werden muß¹²⁾. Seine Gegner werden ihre Bemühungen fortsetzen, ihn als ehefeindlich und als Ausfluß nationalsozialistischen Denkens zu kennzeichnen

- 7) so insbes. Bosch, Familienrechtsreform, S.43 ff; derselbe, Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie, Seite 50; ihm zustimmend Giese, FamRZ 1954, 132; ähnlich auch die Entschließung des Zentralen Familienrates des Familienbundes der deutschen Katholiken vom 14.5.1961, zitiert bei Müller-Freienfels, a.a.O., S.140, A.3
- 8) zit. nach "Der Spiegel", 1961, Nr.16, S.33
- 9) Portmann, Das unauflösliche Band, S.59 (64): Durch § 48 EheG erfolge ein ungeheurer Einbruch in den Bereich der christlichen Ehe und Familie.
- 10) "Grundprobleme einer Reform des Familienrechts", S.56
- 11) "Die Trennung von Tisch und Bett neben der Ehescheidung. De lege lata et de lege ferenda.", Bonner jur.Diss.1959, Einleitung
- 12) damit rechnen sogar ausländische Stimmen; vgl.Hinderling, Schweiz, Jur.Zeitung 1961, 333:..."Es ist dafür gesorgt, daß der deutschen Doktrin neben der immer vorhandenen Schreiblust auch ein entsprechender Stoff nicht ausgehen wird..."

und werden auf seine Abschaffung dringen¹³⁾.

Die vorliegende Arbeit will die geschichtliche Entwicklung des § 48 EheG darstellen. Dabei soll die Frage zu lösen versucht werden, ob die fragliche Vorschrift - wie ihre Kritiker behaupten - mit derart schweren Mängeln behaftet ist, daß sie besser zu streichen wäre. Im Verlaufe dieser Überlegungen sollen die einzelnen Phasen ihrer geschichtlichen Entwicklung betrachtet werden, wobei das Schwergewicht auf ihrer Auslegung durch die Rechtsprechung gelegt werden soll. Ziel der Arbeit ist es dagegen nicht, eine eingehende Darstellung des Wesens der Ehe oder der Problematik der Ehescheidung als solcher zu geben¹⁴⁾.

Die Neufassung des zweiten Absatzes des § 48 EheG dürfte wohl zu den umstrittensten Gesetzesänderungen der letzten Jahre zu zählen sein. Nicht nur in Öffentlichkeit und juristischem Schrifttum herrschte der Streit der Meinungen für und wider die geplante Änderung, auch im Bundestag und seinen Ausschüssen prallten die Auffassungen hart aufeinander. Letztere gilt es insbesondere darzustellen, ebenso wie den Gang der Gesetzgebungsarbeit. Trotz vieler und beachtlicher Gegenstimmen kam es zur Änderung des § 48 Absatz 2 EheG und einer hiermit korrespondierenden Einführung eines neuen Revisionsgrundes, des § 547 Abs.1 ZPO. Es stellt sich die Frage, ob der Ehescheidungsgrund des § 48 eine Verbesserung erfahren hat und - wenn dies nicht der Fall ist - ob die Vorschrift des § 48 EheG noch heute eine Daseinsberechtigung besitzt.

13) Portmann, a.a.O., S.87 "...das vom Kontrollrat bestätigte Nazi-Ehegesetz müßte im Wege der Gesetzgebung wieder verschwinden..."

14) Hierzu Müller-Freienfels, Ehe und Recht, 1962; Thoma, a.a.O., S.1 ff.

Erstes Kapitel

Deutsche Bestrebungen nach dem ersten Weltkrieg zur Reform des Scheidungsrechtes (Scheidungsgrund der objektiven Zerrüttung der Ehe)

I. Das Verschuldensprinzip und die Einflüsse von Kriegs- und Nachkriegszeit.

Das BGB vom Jahre 1900 ließ eine Ehescheidung grundsätzlich nur bei Verschulden des anderen Ehegatten zu. (§§ 1565-1568 BGB). Von diesem sog. Verschuldensprinzip gab es lediglich eine Ausnahme. Nach § 1569 BGB konnte auf Scheidung geklagt werden, wenn der andere Ehegatte in geistige Krankheit verfallen war, welche während der Ehe drei Jahre gedauert hatte und einen solchen Grad erreicht hatte, daß die geistige Gemeinschaft ausgeschlossen war. Mit dieser Regelung - zwar Scheidungsmöglichkeit, aber diese nur unter erschwerten Voraussetzungen - glaubte der Gesetzgeber, zwei schwer miteinander vereinbare Prinzipien den Bedürfnissen des Lebens angepaßt zu haben: Schutz der Familie vor schneller, unüberlegter Lösung auf der einen Seite und auf der anderen die Möglichkeit, die Ehe dann zu beenden, wenn ihre Sittliche Grundlage zerstört war¹⁵⁾.

Noch bevor das Verschuldensprinzip im BGB seinen Eingang fand, war es in den Entwürfen bereits Gegenstand der Kritik. Als einer der prominentesten Kritiker vermißte Gierke¹⁶⁾, daß die durch die außerordentliche Einschränkung der Scheidungsgründe geschaffene Strenge nicht durch ein landesherrliches Ehescheidungsrecht gemildert werde.

15) vgl. Motive IV, S.562

16) Gierke, "Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht", S.448; vgl. hierzu näher unten S.15 bis 19

"Somit soll es schlechthin keine Möglichkeit geben", heißt es in seinem Gegenentwurf¹⁷⁾, "eine ohne Verschulden eines Ehegatten ihres sittlichen Gehaltes vollkommen entleerte und zur gesetzlichen Fessel gewordene Ehe zu trennen". Kritik am Verschuldensprinzip, sowie es sich im Entwurf darstellte, übte neben Gierke eine beachtliche Zahl deutscher Schriftsteller¹⁸⁾.

Es vergingen jedoch rund 30 Jahre, bis deren Gedanken von der juristischen Literatur wieder ernsthaft aufgegriffen wurden, bis man die Frage stellte, ob das Ehescheidungsrecht des BGB noch den Verhältnissen und Anforderungen der Zeit gerecht werde. Was war die Ursache, daß das Scheidungsrecht nunmehr zum Gegenstand heftigster Diskussionen und erbittertster Angriffe geworden war?

In den Kriegs- und mehr noch in den Nachkriegsjahren mit ihren Wirren der Arbeitslosigkeit, Inflation und der Erschütterung der bestehenden gesellschaftlichen Ordnung zerbrachen zahlreiche Ehen. Dies allein freilich hätte kein Anlaß für reformerische Bestrebungen zu sein brauchen; man hätte sich mit dem Gedanken trösten können, die Scheidungsquote werde sich mit der Festigung der politischen und sozialen Ordnung wieder "eependeln". Das Besondere der Situation war jedoch, daß viele Ehen "krank" waren, ohne daß im Verhalten der Ehepartner ein Scheidungsgrund im Sinne des BGB gefunden werden konnte. Vornehmlich waren hiervon diejenigen Ehen betroffen, die während des Krieges oder kurz darauf geschlossen worden waren, oder in denen sich die Partner während des Krieges entfremdeten.

17) a.a.O.

18) näher hierzu 1.Kap.II 2 c, S. 26

Ohne sich näher zu kennen, ohne Kenntnis der beiderseitigen Charaktereigenschaften und späteren Lebensbedingungen, waren viele Soldaten die Ehe eingegangen. Die Gründe dieser vorschnellen Entschlüsse waren vielfältiger Art: Der Wunsch des Soldaten, einen Menschen in der Heimat zu wissen, der ihm nahestand, wie etwa das Anliegen der Frau, Kriegsunterstützung zu bekommen¹⁹⁾: Für die Dauer des Krieges lebten die Ehegatten - von kurzen Urlaubsbesuchen abgesehen, die dem Fronturlauber möglich waren - voneinander getrennt. Aus dem Feld zurückgekehrt, kam dann für den Mann, kam für beide Ehegatten die schmerzliche Erkenntnis: man paßte nicht zueinander. Ohne genügende Prüfungszeit hatte man unter dem wirklichen oder vermeintlichen Druck der Verhältnisse zu schnell geheiratet. Die Ehe wäre nun zwar durch gerichtliches Scheidungsurteil zu lösen gewesen, doch solches hätte - sieht man vom Fall des § 1569 ab - das Verschulden eines der beiden oder beider Ehegatten zur Voraussetzung gehabt. Dies aber lag nicht vor. Auch ohne schuldhaftes Verhalten eines der beiden Ehepartner war das eheliche Verhältnis zerrüttet, bestanden keinerlei eheliche Beziehungen mehr. Statt dessen war eine Entfremdung zwischen den Eheleuten eingetreten.

Angesichts dieser Situation mehrten sich in der juristischen Literatur die Stimmen, welche forderten, neben die vom Verschuldensprinzip bestimmten Scheidungsgründe sollten weitere, vom Verschulden jedoch unabhängige, Gründe treten. Wie die Fälle der Kriegs- und Nachkriegsehen bewiesen, gäbe es kranke Ehen, ohne daß dabei dem einen oder anderen Gatten ein Verschulden daran vorzuwerfen sei²⁰⁾.

19) vgl. Alma, Ein Vorschlag zur Eherechtsreform, S.4

20) vgl. hierzu Rolland, a.a.O., S.44

II. Ausländische und deutsche Vorbilder

1. Ausländische Vorbilder:

a) das Schweizer ZGB

Die Befürworter eines derartigen vom Verschulden unabhängigen Scheidungsgrundes konnten dabei auf ausländische Rechte verweisen, die diesen Scheidungsgrund bereits kannten. Im Schweizer ZGB erscheint er als Art. 142²¹⁾ und lautet:

" Ist eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten, daß den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf, so kann jeder Ehegatte auf Scheidung klagen.
Ist die tiefe Zerrüttung vorwiegend der Schuld des einen zuzuschreiben, so kann der andere Ehegatte auf Scheidung klagen."

Den Begriff "Zerrüttung" kannte auch das deutsche BGB, im Schweizer ZGB gewann er jedoch in der Gegenüberstellung zu den vom Verschulden beherrschten Scheidungsgründen besondere Gestalt. Typisch für die letzteren Scheidungsgründe ist, daß eine einzelne Verfehlung, etwa ein Ehebruch oder eine schwere Beleidigung, die Ehe zerbricht oder doch zumindest schwer "anschlägt". Auch die Zerrüttung hat dieses Ergebnis, nur tritt es auf andere Weise ein. Die Zerrüttung ist durch einen länger andauernden seelischen Vorgang gekennzeichnet, bei dem viele kleine, unscheinbare Handlungen und Unterlassungen die Ehe zerstören. Isoliert betrachtet mögen die kleinen Reibereien und Mißstimmungen den Eheleuten im täglichen "Kleinkrieg" nicht einmal zum Bewußtsein gekommen sein, insgesamt aber zeitigen sie den Zerrüttungseffekt; die Ehe ist zerstört, ohne daß man es an einzelnen heftigen Entladungen gewahr wurde. Wie das Wasser

21) Zur überagenden Bedeutung des Art.142 ZGB vgl.Hinderling, Das Schweizer Ehescheidungsrecht, S.16. Hiernach wurden von 42755 in den Jahren 1934 bis 1946 in der Schweiz durch Scheidung aufgelösten Ehen 33261 nach Art.142 geschieden;

eines Flusses langsam und unmerklich, Tag für Tag, das Erdreich einer Uferseite auswäscht, bis dann mit einem Male die Erddecke zusammenbricht, höhlen die Reibereien und Mißstimmungen, die Unverträglichkeiten der Charaktere, langsam, aber sicher die eheliche Lebensgemeinschaft aus, wobei es unmöglich ist, die einzelnen Fälle, in denen ein solcher Zustand erreicht wird, erschöpfend darzulegen. Die Schweizer Rechtslehre charakterisiert die Zerrüttung, ähnlich wie das deutsche Recht^{22a)}, als Zerstörung der ehelichen Gesinnung, als das Erlöschen des Willens zur Gemeinschaft bereits eines der Ehegatten²³⁾. Die ehelichen Beziehungen sind derart gestört, daß die Ehe ihren Zweck nicht mehr erfüllt und keinen Sinn mehr hat²⁴⁾. Es genügt dabei allerdings nicht, die Zerrüttung bloß zu behaupten. Sie muß an Umständen nachgewiesen werden²⁵⁾, welche geeignet sind, die eheliche Gesinnung zu zerstören, und muß so tief sein, daß den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr zugemutet werden kann.

zu 21) weitere Zahlennachweise auch bei Schönke in Freisler-Schönke, Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, S.298; kritisch zur Schweizer Scheidungspraxis Strebel, Geschiedene Ehen, Seite 25 ff. Zur geschichtlichen Entwicklung des Art.142 ZGB, vgl. Roth, Die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses als Problem der Rechtsprechung, S.13 ff.

22) Zum Zerrüttungsbegriff nach Schweizer Recht vgl. Roth, a.a.O., S.16 ff; zum Zerrüttungsbegriff nach österreichischem Recht vgl. Hummel, a.a.O., S.9 mit Zitaten; zum Zerrüttungsbegriff allgemein vgl. Fuchs, Die Zerrüttung der Ehe.

22a) vgl. Motive IV, S.562

23) Egger im Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Züricher Kommentar), Art.142, I,1.

24) Scheidegger, Ehe und Ehescheidung, Basel, S.39, Hinderling, a.a.O., S.12.

25) zu solchen Umständen, die die Zerrüttung erkennen lassen, zählt Linsser, a.a.O., S.79 Kälte, Teilnahmslosigkeit, beiderseitiger Scheidungswillen und Getrenntleben.

Art. 142 ZGB verlangt, um angewandt zu werden, kein Verschulden; solches ist aber dennoch nicht bedeutungslos: Abs. II des Art. 142 versagt der Klage desjenigen Ehegatten den Erfolg, welcher an der Zerrüttung schuld ist. Das Verschulden gibt also die Möglichkeit, die Erfolgchancen der Klage zu vereiteln²⁶⁾, denn der Schuldige soll aus seinem pflichtwidrigen Verhalten keine Rechte ableiten können²⁷⁾. Achtet das Schweizer Recht derart darauf, daß der Kläger das eigene Verschulden nicht als Hebel zur Scheidung mißbrauchen kann, so ist es aber auch andererseits als Kompromiß zwischen Verschuldens- und Zerrüttungsprinzip bemüht, das Zerrüttungsprinzip nicht durch das in Absatz II des Art. 142 enthaltene Verschuldensprinzip beseitigen zu lassen²⁸⁾. Dies zeigt sich darin, daß Rechtsprechung und Schrifttum in der Schweiz den Gedanken des Rechtsmißbrauchs mit gewissen Einschränkungen anwenden und beispielsweise verlangen, daß das schuldhafte Verhalten des Klägers eine erhebliche Ursache für die Ehe-zerrüttung gewesen sein muß.

b) die skandinavischen Rechte

Mehr noch als das Schweizer Scheidungsrecht wirkten die entsprechenden skandinavischen und tschechoslowakischen Regelungen auf die Diskussion in Deutschland ein.

In den Jahren 1918-1922 hatten sich Schweden, Norwegen und Dänemark neue Ehegesetze gegeben²⁹⁾, während das entsprechende tschechoslowakische Gesetz schon aus dem Jahre 1919 datiert. Den drei skandinavischen Gesetzen war gemeinsam, daß bei Zerrüttung des ehelichen Lebens auch ohne Nachweis des Verschuldens eines Ehegatten geschieden werden konnte. Als Grund für die Neuregelung in Schweden

26) Egger, a.a.O., Art. 142, A. 13, III 2a, S. 138, wobei hier allerdings nicht an ein Prozeßhindernis, sondern eine materielle Voraussetzung gedacht ist.

27) Hinderling, a.a.O., S. 11 oben.

28) hierzu im einzelnen Müller-Freienfels, a.a.O., S. 148 u. 149; zur Rechtsprechung zu Art. 142 II ZGB ders., aaO., S. 274 ff.; vgl. auch Dölle, Familienrecht, § 39, IV, 7, (Ausländische Rechte)

führte Pieper³⁰⁾ an, sie habe die Konsequenzen aus einer unhaltbaren Situation gezogen. Zur Lösung einer Ehe gab es in Schweden den "langen" und den "kurzen" Weg. Bei ersterem wurden uneinige Eheleute vom Priester, dem Kirchenrat und dem Domkapitel "gewarnt"³¹⁾ und dann erst durch das Gericht -von Tisch und Bett- geschieden. Später konnte dann der Kläger daraufhin die Ehe ganz auflösen. Der "kurze" Weg dagegen bestand darin, daß einer der beiden Eheleute ins Ausland reiste, meistens nach Kopenhagen, und dann dem anderen schrieb, er wolle nicht mehr zurückkehren und die Ehe fortsetzen. Damit war der Scheidungsgrund des böswilligen Verlassens, hier als Landflucht qualifiziert, konstruiert, und der Betreffende konnte beruhigt wieder nach Schweden reisen. Mit diesen Täuschungsmanövern räumte das schwedische Gesetz, den Realitäten Rechnung tragend, auf, indem es die Tatsache der bloßen Zerrüttung einer Ehe auch als Scheidungsgrund anerkannte³²⁾.

Voraussetzung für die Scheidung wegen Zerrüttung der Ehe war in allen skandinavischen Rechten, daß ihr eine häusliche Trennung vorausgegangen sein mußte, deren Mindestdauer im einzelnen davon abhing, ob die Trennung durch gerichtliches Urteil erwirkt wurde oder ob die Eheleute ohne ein solches Trennungsurteil voneinander getrennt lebten. Im letzteren Falle konnte dann nach Ablauf von drei bis vier Jahren die Scheidung begehrt werden³³⁾, während im ersteren Falle die

29) Schweden, EheG v. 11. Juli 1920 (aus Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Bd. V), Norwegen, Gesetz über die Eingehung und Auflösung der Ehe v. 31. 5. 1918, jetzt in der Fassung vom 28. Juli 1949, (Bergmann, a. a. O., Bd. IV), Dänemark, Gesetz über die Eingehung und Auflösung der Ehe vom 30. 6. 1922, (Bergmann, a. a. O., Bd. II) in der Neufassung vom 25. 4. 1956.

30) Pieper, Ehescheidung oder Zwangsehe?, Stockholm, 1921

31) vgl. hierzu Müller-Freienfels, a. a. O., S. 23, der darauf hinweist, daß derartiges Eingreifen von Pfarrer und kirchlichen Behörden in Schweden heute geradezu als beleidigend für die Eheleute empfunden wird.

32) hierzu auch Satter, Entwicklungsstufen des Ehescheidungsrechts, Gerichtszeitung, Wien, 1925, S. 8.

Fristen für die Scheidung kürzer waren. Die Heimtrennung in den dortigen Regelungen hatte nach Hoethker³⁴⁾ eine gewisse Indizwirkung: sie ist Scheidungsvorläufer und Prüfstein für die Zerrüttung der Ehe, auf der anderen Seite aber auch als mögliche "Scheidungsbremse" (Müller-Freienfels) anzusehen. Nach ihm³⁵⁾ bildet sie neben dem Beweis für die Ehezerüttung eine amtlich eröffnete Erprobungszeit für das Leben als Geschiedener. Jedem Ehegatten würden die Folgen der Scheidung vor Augen geführt und er veranlaßt, über die Gründe des Zerwürfnisses nachzudenken, ohne daß jedoch in seinem Leben schon etwas Endgültiges geschehen sei.

c) die tschechoslowakische Regelung

In der Tschechoslowakei hatte das Gesetz vom 22.5.1919 betr. Abänderung der Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Formalitäten des Ehevertrages, über die Ehetrennung und die Ehehindernisse das bis dahin voll geltende österreichische ABGB abgeändert. Die Änderung war notwendig geworden, weil das österreichische Eherecht und das Ehescheidungsrecht insbesondere in dem Bemühen, konfessionellen Bedenken Rechnung zu tragen, nahezu unübersehbar geworden war. Es unterschied zwischen einem Eherecht der Katholiken, der nichtkatholischen Christen und der Juden und vergrößerte dieses Durcheinander noch durch die Berücksichtigung

-
- 34) ohne gerichtliches Trennungsurteil geben Schweden und Norwegen das Recht zur Scheidung nach drei Jahren (§ 4 EheG Schweden, § 45 EheG Norwegen), während Dänemark den Ablauf von vier Jahren verlangt (§ 55 EheG Dänemark).
- 34) a.a.O., S. 230; die angeführten Zahlen geben einen Eindruck von der starken Bedeutung der vorangegangenen Trennung in diesen Ländern: danach wurden z.B. in Schweden in den Jahren 1931 bis 1940 von 29256 durch Scheidung aufgelösten Ehen aufgrund einer vorangegangenen Trennung von Tisch und Bett 23508 geschieden.
- 35) a.a.O., S. 342; ebenso Linsser, a.a.O., S. 91

sichtigung der obligatorischen Zivilehe für Konfessionslose und die Notzivilehe in Fällen, in denen Diskrepanzen zwischen staatlichem Eherecht und Kirchenrecht auftraten³⁶⁾.

Unter den neun Trennungsgründen des § 13 (die österreichische und tschechoslowakische "Trennung" entspricht der deutschen "Scheidung") findet sich unter Buchstabe h die Bestimmung, daß auf Trennung der Ehe geklagt werden kann, wenn eine so tiefe Zerrüttung derselben eingetreten ist, daß gerechterweise von den Ehegatten das Verbleiben in der ehelichen Gemeinschaft nicht verlangt werden kann. Das Trennungsbegehren steht dabei nur demjenigen Ehegatten zu, der an der Trennung nicht überwiegend schuld ist. Wie die Rechte Skandinaviens und der Schweiz³⁷⁾ kannte auch das tschechoslowakische Recht einen vom Verschulden unabhängigen Scheidungsgrund der bloßen Zerrüttung³⁸⁾ (wobei Scheidung jetzt in deutscher Terminologie zu verstehen ist). Ebenso wie in den Eherechten der Schweiz, Schwedens³⁹⁾ und Dänemarks⁴⁰⁾ hat das Verschulden an der Zerrüttung eine klageeinschränkende Funktion. Dem an der Zerrüttung schuldigen Ehegatten wird die Scheidung versagt.

36) vgl. Mayr-Harting, DJZ 1926, 1130; eingehend Hummel, a.a.O., S.1 ff.

37) Bachrach, JW 1920, 602 spricht geradezu von einer Aufnahme des Art. 142 ZGB in das tschechoslowakische Gesetz.

38) vgl. Svoboda, Das Eherecht in der tschechoslowakischen Republik, a.a.O., S.279 ff., Anm. 77 mit Zitaten aus der Rechtsprechung.

39) § 4 EheG Schweden

40) § 55 EheG Dänemark

Die Bedeutung des neuen Scheidungsgrundes wurde nach Auffassung tschechischer Juristen⁴¹⁾ dabei noch dadurch verstärkt, daß er die Stellung einer Generalklausel hatte und somit als allgemeiner Scheidungsgrund subsidiär an die Stelle der anderen im Gesetz genannten Scheidungsgründe treten konnte, sofern deren Voraussetzungen nicht voll erfüllt wurden. Bestätigt wurde diese Auffassung dann vom Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für die Tschechoslowakische Republik, dessen Beratungen 1931 abgeschlossen wurden und der 1932 durch eine Revisionskommission veröffentlicht wurde. Danach wurde die eheliche Zerrüttung als allgemeine Scheidungsvoraussetzung, als einziger grundsätzlicher Auflösungsgrund aufgestellt, während die früheren Verschuldensgründe wie etwa Ehebruch als "Illustrationsfakten" (Mayr-Harting) nur noch die Bedeutung hatten, daß das Gericht bei Führung eines diesbezüglichen Nachweises die Zerrüttung als gegeben anzunehmen hatte⁴²⁾ 42a).

41)Kafka, Das tschechoslowakische Ehescheidungs- und Ehetrennungsrecht, Gerichtszeitung (Wien), 1925, (76.Jahrgang) Nr.1; ebenso Svoboda, a.a.O.,S.297

42)Weiß, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für die tschechoslowakische Republik, Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 1933, S.526, (542); Bovensiepen, Die Reform des Ehescheidungsrechts, S.29, Mayr-Harting, DJZ 1932, Spalte 1250 (1253).

42a)Das heutige tschechische Ehescheidungsrecht beruht im wesentlichen auf § 30 (eingefügt durch Gesetz vom 29. 12.1965) des Gesetzes über Familienrecht vom 7.12.1949, in Kraft seit 1.1.1950. Hiernach kann jeder Ehegatte die Scheidung verlangen, wenn aus wichtigen Gründen zwischen den Ehegatten eine tiefe und dauernde Zerrüttung eingetreten ist. Der ausschließlich an der Zerrüttung schuldige Ehegatte kann die Scheidung jedoch nicht verlangen, wenn der andere Ehegatte nicht mit der Scheidung einverstanden ist (Ziff.3). Aber auch in diesem Fall kann das Gericht nach Ziff.4 des § 30 die Scheidung aussprechen, wenn auf soziale Interessen Rücksicht genommen werden soll und die Ehegatten bereits seit langem nicht mehr zusammen leben. (vgl.Bergmann, a.a.O., Band III).

2. Deutsche Vorbilder: Die objektive Zerrüttung der Ehe in den deutschen Scheidungsrechten vor 1900.

a) Kirchliches und landesherrliches Ehescheidungsrecht

Sucht man in den deutschen Rechten vor dem Jahre 1900 einen Scheidungsgrund der objektiven Zerrüttung, so wird man ihn unter dieser Bezeichnung vergeblich suchen. Er klingt jedoch in verwandten Scheidungsgründen an. Welche sind dies nun und wie haben sie sich entwickelt?

Für die Beantwortung der zweiten Frage ist es zunächst wesentlich, sich die Tatsache vor Augen zu führen, daß von einem eigentlichen Scheidungsrecht in Deutschland erst seit der Reformation gesprochen werden kann⁴³⁾. Erst die Leugnung der Sakramentsnatur der rechtswirksam geschlossenen und vollzogenen Ehe läßt die Möglichkeit einer Lösung des Ehebandes zu⁴⁴⁾. Zunächst fanden sich in den protestantischen deutschen Ländern einzelne wenige vom Verschulden bestimmte Scheidungsgründe wie Ehebruch und böswilliges Verlassen. Ihnen gesellten sich dann unter dem Einfluß der Aufklärung⁴⁵⁾ weitere hinzu. Die Ehescheidung war zunächst Sache der Konsistorien, gemischter geistlich-weltlicher Gerichtshöfe, in denen Juristen und Theologen zusammen einen einheitlichen Spruch über die Ehesache fällten⁴⁶⁾.

43) Müller-Freienfels, a.a.O., S.19; zu den Anklängen an den Zerrüttungsgedanken im kanonischen Recht vgl. Fuchs, Die Zerrüttung, S.8 ff.

44) zur Stellung des katholischen Rechts zur Scheidung ausführlich Hesse, Evangelisches Ehescheidungsrecht in Deutschland, S.7 ff; ferner Rolland, a.a.O., S.156.

45) vgl. Hoethker, a.a.O., S.65; Klink, Die Reformbestrebungen im Ehescheidungsrecht, S.16. Hiernach erweiterte z.B. die Württembergische Eheordnung die Scheidungsgründe auf Lebensnachstellung, Sodomie, Inzest und schwere Verbrechen.

46) eingehend Hesse, a.a.O., S.56, insbesondere zur Doppelnatur der Konsistorien S.62 ff.

Ihnen erwuchs hierin aber bald weltliche Konkurrenz: Der Landesherr. Das landesherrliche Scheidungsrecht hatte seinen Ursprung in der Sitte, den Landesherrn bei der Entscheidung wichtiger Streitfälle anzurufen⁴⁷⁾. Galt dies zunächst nur für weltliche Streitigkeiten, so kamen dann auch kirchliche hinzu. Die Entscheidung des Landesherrn etwa, der Ehemann A könne sich zum zweitenmal mit der Ledigen B verheiraten oder die unschuldig geschiedene C sei vom Wiederverheiratungsverbot zu dispensieren, leitete den Anfang des landesherrlichen Ehescheidungsrechtes ein. Das "toleramus" des Landesherrn als Oberbischof, d.h. der vom grundsätzlichen Verbot einer zweiten Heirat dispensierende Bescheid⁴⁸⁾, war das "landesherrliche Ehescheidungsreskript in der Form des 16. Jahrhunderts"⁴⁹⁾.

Mit Erstarken der landesherrlichen Gewalt seit dem Ende des 30-jährigen Krieges fand sich in immer zunehmenderem Maße eine staatliche Einflußnahme auf die Ehescheidung, ließen die Entscheidungen auf diesem Gebiet immer deutlicher die Handschrift des Landesherrn erkennen, bis man das Scheidungsrecht schließlich ganz verstaatlichte. Damit lag dann die Ehegesetzgebung beim Landesherrn, der zugleich oberster weltlicher Gesetzgeber und Bischof der evangelischen Kirche war⁵⁰⁾. Er bildete das Oberhaupt der in seinen Landesgrenzen versammelten Christenheit (Hesse).

47) Stölzel, Zur Geschichte des Ehescheidungsrechts, ZKR, 18. Bd. NF, S. 40

48) Hesse, a.a.O., S. 49; Klink, a.a.O., S. 17, nach letzterem gab bereits 1529 König Friedrich I. von Dänemark einen derartigen Konsens zur Eingehung einer neuen Ehe.

49) Stölzel, a.a.O., S. 40.

50) vgl. Jacobi, Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages, Bd. II, S. 153 ff.

Die protestantische Kirche begrüßte diesen Übergang der Ehescheidungsangelegenheiten auf weltliche Instanzen. Luther selbst hatte sich dafür eingesetzt, die Ehestreitigkeiten dem weltlichen Regiment zuzuweisen⁵¹⁾, wobei unter letzterem vor allem die landesherrlichen Beamten, die Amtsleute, die Räte am Hofe und als höchste Instanz der Landesherr selbst zu verstehen waren⁵²⁾. Stölzel zitiert in diesem Zusammenhang die Schrift Luthers: "Die Auslegung des 5., 6. und 7.Capitel St.Matthäi"(1532)⁵³⁾:

"Wie aber jetzt bei uns in Ehesachen und mit dem Scheiden zu handeln sei, hab ich gesagt, daß man's den Juristen soll befehlen und unter das weltliche Regiment geworfen weil der Ehestand gar ein weltlich äußerlich Ding ist so zur Oberkeit Regiment gehört ...Darum, was darin die Oberkeit und weise Leute nach dem Rechten und Vernunft schließen und ordnen, dabei soll man's bei lassen."

b) Die Ausbildung des landesherrlichen Scheidungsrechts am Beispiel Brandenburg-Preußens.

Ein gutes Beispiel für diese Entwicklung von den Konsistorien zum Landesherrn hin bietet die Geschichte Brandenburg-Preußens. Hier ist es bereits der Große Kurfürst, welcher Einfluß auf die Ehescheidungspraxis nimmt. Von ihm findet sich ein Bescheid aus dem Jahre 1674, in welchem die unüberwindliche Abneigung, der Mangel des affectus coniugalis, nicht für ausreichend erachtet wird, die Scheidung zu begründen⁵⁴⁾. Die unüberwindliche Abneigung, ein Zerrüttungsmomente subjektiver wie objektiver Art enthaltender Scheidungsgrund, hatte sich, von wenigen Ausnahmen abgesehen, als Scheidungsgrund noch nicht durchsetzen können.

51)Stölzel, a.a.O., S.11; Hesse, a.a.O., S.16 und 46.

52)Stölzel, a.a.O., S. 12.

53)Stölzel, a.a.O., S. 14.

54)Hesse, a.a.O., S.92.

Unter dem ersten preußischen König war dies dann der Fall. In einem Bericht des Ministers von Printzen und der Konsistorialräte Flemming und Achenbach an König Friedrich I. vom 9.1.1711 liest man⁵⁵⁾:

"Weil wir nun aus allen Umständen eine langwierige unversöhnliche abneigung und widerwillen, so beede theile gegen einander schon verschiedene Jahre haben, wargenommen, und nicht absehen können, wan gleich die seit 3 Jahren her gewährte Scheidung von Tisch und Bett von Ew.Königl.Mayest. noch weiter verwilliget werden solte, daß hierdurch die zertrennte Gemüther und leiber zu vereinigen, vielmehr aller Zweck des Ehestandes mutuum adjutorium und Eheliche Beywohnung cessieren werde; und wir auch praejudicia bey dem Consistorio, ins besondere eins zwischen Martin Noach und seine frau haben, welche wegen lang gewährten haßes und feindschaft den 1.ten Novemb.1687 gäntzlich von einander geschieden worden: So gehet unsere allerunterthänigste ohnmaßgebliche Meinung dahin, es wehre die gäntzliche Ehescheidung, jedoch mit dem außdrücklichen beding zu verhängen, daß keinem Theil, so lange der andere lebet, sich anderwärts zu verheyrathen gestattet, sondern Sie beyde ad perpetuum in coelibatum, bis einer von beyden stirbet, verwiesen würden."

Unter König Friedrich Wilhelm I. war die Scheidungspraxis uneinheitlich. Dies zeigte sich z.B. in Randverfügungen des Königs. Am 13.August 1725 schrieb er:⁵⁶⁾ "Ehebruch scheidet, sonsten nichts, hat sie (er) gehuret soll lohs sein, sonst nit". Andererseits finden sich aber auch Dekrete wie dieses: "So sie alle Beide von einander wollen-gut, aber wenn eine Partei nit will, können nit geschieden".

Unter der Regierung Friedrichs II. schied man eher: Führte eine vorangegangene Scheidung von Tisch und Bett zu keiner Wiederversöhnung der streitenden Ehegatten, wurde die Trennung des ehelichen Bandes ausgesprochen. Ein Schreiben

55)aus Friedberg, ZKR VII,(1867), S.56(66). Der König stimmte dem Bericht zunächst zu, erbat sich zwei Jahre später aber ein neues Gutachten, über dessen Schicksal die Quellen nichts berichten.

56)Friedberg, a.a.O., S.69.

des Königs vom 10. November 1746 veranschaulicht dies⁵⁷⁾:

"Seiner K. May. in Preußen Unser allergnädigster Herr remittieren an den Würcklich geheim-ten Etats Ministre v. Brandt und präsident v. Reichenbach das allerunterthänigste Memorial zweyer unglücklicher Eheleute, so sich durchaus nicht leiden noch vertragen können, so geschieden werden wollen; wie nun bei dergleichen fällen, wo die animosität und Uneinigkeit auff den höchsten grad gestiegen, nicht rathsam solche Menschen zusammen zu laßen, wobei noch weit mehr inconvenientzien entstehen müßten, so wollen höchst dieselben, daß wann von der angeordneten Scheidung von Tisch und Bett keine Frucht noch Versöhnung zu erwarten ist, daß diese beyde incorrigible Personen nun völlig von einander geschieden und jedem Theil sich wieder zu verheyraten verstatet werden soll.

Friedr."

Die Konsistorien schieden zwar auch aufgrund dieser Tatbestände, doch schieden sie ungern. Sie suchten die Scheidung möglichst herauszuzögern und versagten, wo letzteres nicht ging, den Geschiedenen dann zumindest die Wieder-
verheiratung. Der König sah hierin ein Blockieren seiner
Eherechtsprinzipien⁵⁸⁾ und antwortete mit Kabinettsordern
wie diese⁵⁸⁾ aus dem Jahre 1751:

"Mein lieber Würcklich - Geheimer Etats Minister von Bismarck... Dafern nun die Sache sich angebrachter Maßen verhält, und der Supplicante die von seiner Frauen angezeigte facta nur einigermaßen bescheinigen kann, so will ich, daß bei solchen Umständen und da zwischen diesen so unglücklich zusammengebrachten Eheleuten wohl keine Vereinigung zu hoffen ist, ihre Ehe zur Vermeidung größeren Unglücks völlig geschieden und jedem Theile erlaubt werden solle, sich anderweit wieder zu verheirathen. Und da Ich seither aus verschiedentlich vorgekommenen Fällen mißfällig vermerket habe, daß den Eheleuten ohngeachtet ihre Feindschaft notorisch, und aus der continuation ihrer Ehe nichts wie Unheil und eines oder des anderen Theils Verderben zu besorgen ist, dennoch die gesuchten Ehescheidungen so schwer und sauer gemacht werden, da ich doch hierüber schon so oft Meine Intention zu erkennen gegeben und vestgesetzt habe, wie es damit gehalten werden solle. Es ist also Mein ernstlicher Wille, daß in Zukunft bei solchen Fällen nach Meiner Ordre und Vorschrift schlechterdings verfahren, keines weges aber dabey Moyses und die Propheten zu rathe gezogen werden sollen, als welche hier im Lande nichts zu thun haben.... Friedr."

57) Friedberg, ebenda.

58) Friedberg, ebenda.

Im Jahre 1748 verstaatlichte Preußen das Eherecht. Der Codex Fridericianus vom 3. April 1748 übertrug die Ehesachen von den Konsistorien auf die ordentlichen Obergerichte⁵⁹⁾. Eine umfassende neue Kodifikation auch des Ehescheidungsrechtes nahm dann das Allgemeine Landrecht von 1794 vor. Es schaffte gleichzeitig damit auch das landesherrliche Scheidungsrecht ab⁶⁰⁾.

Neben vom Verschulden bestimmten Scheidungsgründen enthielt das ALR auch hiervon unabhängige Scheidungsgründe. Es waren zwei, von denen der zweite in der Scheidungspraxis des Landes keine unwesentliche Rolle spielte: Nach II 1 § 716 ALR konnten kinderlose Ehen aufgrund gegenseitiger Einwilligung getrennt werden, "sobald weder Leichtsinns, oder Übereilung noch heimlicher Zwang von einer oder der anderen Seite zu besorgen ist". Der andere Scheidungsgrund trug Ausnahmecharakter. Durfte zwar nach dem Grundsatz des § 717 wegen behaupteter Abneigung allein die Trennung der Ehe nicht stattfinden, so findet sich in § 718a dieser Scheidungsgrund als wichtige Einschränkung: "Doch soll dem Richter erlaubt sein, in besonderen Fällen, wo nach dem Inhalt der Acten, der Widerwille so heftig und so tief eingewurzelt ist, daß zu einer Aussöhnung und zur Erreichung der Zwecke des Ehestandes gar keine Hoffnung mehr übrig bleibt, eine solche unglückliche Ehe zu trennen."⁶¹⁾

59) dazu Hesse, a. a. O., S. 113; bei seinem Erlaß wurde befohlen, binnen Jahresfrist "möge jedermann seine Monita heimbringen können, einstweilen aber (sei) nach dem Projecte verfahren," vgl. Stölzel, Rechtsverwaltung, S. 197.

50) Stölzel, Gruchot. Beitr., 24, 7820.

51) hierzu Marianne Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 336: Charakteristisch für den "Menschenhunger" des preußischen Staates zu jener Zeit und ihre grobsinnliche Eheauffassung sei dabei die Motivierung der ausnahmsweisen Zulässigkeit jenes Scheidungsgrundes: "Es schadet der Population, wenn man solche Leute, die in besser assortierter Verbindung dem Staate noch mehr Kinder verschaffen könnten, zwingen will, bei einander zu bleiben."

Das ALR hatte bei der Ausgestaltung der Scheidungsgründe bereits ein wichtiges Gesetz berücksichtigt: Das Edict gegen die Mißbräuche der überhand genommenen Ehescheidungen vom 17.11.1782.⁶²⁾ Dies drückte sich darin aus, daß die beiden objektiven Scheidungsgründe jeweils Einschränkungen erfuhren. Die Einwilligung zur Scheidung war nur bei kinderloser Ehe möglich, und im zweiten Falle durfte nur bei wirklich unversöhnlichem Hass geschieden werden, eine Anweisung für den Richter, nachzuprüfen, "ob nicht Augenblicksstimmungen nachgegeben wurde"⁶³⁾.

Die Regelung in Preußen war Vorbild für andere deutsche Staaten⁶⁴⁾, welche die vom Verschulden losgelösten Scheidungsgründe übernahmen. Andere Territorien kannten zumindest den einen oder anderen dieser Scheidungsgründe, in der Hauptsache also den der gegenseitigen Einwilligung oder der tief eingewurzelten gegenseitigen Abneigung⁶⁵⁾.

62) vgl. Jacobi, a.a.O., S.159, abgedruckt a.a.O., S.286 ff.

63) Jacobi, a.a.O., S.159.

64) etwa die nürnbergische Ehescheidungsordnung, vgl. Motive IV, S.565; nahe stand dem ALR hinsichtlich der Scheidungsgründe "tief eingewurzelte Abneigung nach erfolgloser Trennung von Tisch und Bett" und "hohe Unverträglichkeit" auch das Ehescheidungsgesetz von Schwarzburg-Donnershausen, vom 30. April 1845, vgl. hierzu Köstlin, Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages, Bd. IV, S.360 ff.

Eine ähnliche Regelung wie in Preußen fand sich auch in Baden, dessen Landrecht dem Code Civil entsprach (vgl. Art. 233, 275 bis 294, 297, 305 des badischen Landrechts: Möglichkeit der Ehescheidung auf wechselseitiger Einwilligung unter allerdings erschwerten Bedingungen) vgl. hierzu Behagel, Das Badische Bürgerliche Recht und der Code Napoléon, S.178; Wolf-Lüke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, S.41.

65) zur Geltung und Regelung der landesherrlichen Ehescheidungsrechte i.e. vgl. Motive, a.a.O., S.578.

War das Ehescheidungsrecht nicht kodifiziert, wie etwa im Großherzogtum Hessen, entwickelte sich - vom späteren Reichsgericht allerdings bezweifelt - ein partikuläres Gewohnheitsrecht, das auch vom Verschulden unabhängige Scheidungsgründe kannte, in genannten Lande etwa den des gegenseitigen Hasses⁶⁶⁾.

Zusammenfassend läßt sich am Vorabend der Schaffung des BGB feststellen, daß in den Scheidungsrechten vieler deutscher Einzelstaaten Scheidungsgründe vorkommen, welche nicht vom Verschulden, sondern einzelnen Zerrüttungstypen bestimmt sind; vornehmlich sind es die der gegenseitigen Einwilligung und der tiefen Abneigung⁶⁷⁾. Gerichtsurteile aus jener Zeit zeigen, daß diese Gründe ein nicht nur theoretisches Dasein führten. Einer Entscheidung des Oberappellationsgerichts Darmstadt⁶⁸⁾ entnehmen wir, daß die Ehe zu scheiden sei, wenn eine Partei nach vorausgegangener richterlicher Trennung der Eheleute dennoch in "tödtlicher Feindschaft" gegen den anderen verharre, also ein Fall unüberwindlicher Abneigung vorliege. Aber auch ohne vorangegangene richterliche Trennung schieden die Gerichte, wenn die Ehegatten sich schon lange feindlich gegenüber standen und keine Hoffnung auf Lösung bestand⁶⁹⁾.

66) vgl. RGZ 7, 155: bloßer Gerichtsgebrauch schaffe noch kein Gewohnheitsrecht, entscheidend sei, was die Grundsätze des gemeinsamen protestantischen Kirchenrechtes ergäben; vgl. ferner RGZ 15, 191.

67) zu den allerdings einschränkenden Reformbestrebungen in Preußen vgl. Jacobi, a.a.O., S. 162 ff., Klink, a.a.O., S. 21.

68) Seuff. Arch. 13, Nr. 260, ebenso dasselbe Gericht in einem Urteil vom 13. Juli 1866 bei gegenseitigem unüberwindlichen Hass, Seuff. Arch., Bd. 20, Nr. 138.

69) OAG Darmstadt, Seuff. Arch. Bd. 13, Nr. 261.

c) Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches in der juristischen Diskussion über Ehescheidung und Verschuldensprinzip.

So war die Situation, als man gegen Ende des vorigen Jahrhunderts daran ging, ein für ganz Deutschland geltendes bürgerliches Gesetzbuch zu schaffen. Der hierzu veröffentlichte Entwurf aus dem Jahre 1888 ließ die Ehescheidung zwar zu, vertrat aber den Standpunkt, daß ein Ehegatte diese nur wegen schweren Verschuldens des anderen Ehegatten verlangen könne, nicht aber wegen objektiver Umstände, insbesondere nicht wegen gegenseitiger Einwilligung oder unwiderstehlicher Abneigung. Man räumte zwar ein, daß sich für eine Zulassung der Scheidung aufgrund gegenseitiger Einwilligung, etwa wie sie im Code Civil und Badischem Landrecht Gestalt gefunden hatte, erhebliche Gründe anführen ließen⁷⁰⁾, denn "prinzipiell soll nach den bezeichneten Rechten dieses Institut nur als Mittel dienen, eine wirklich zerrüttete, beiden Ehegatten unerträglich gewordene Ehe zu lösen. Damit würde dann dem Mißbrauch vorgebeugt werden, in Scheinprozessen künstliche Scheidungsgründe zu schaffen, um auf diese Weise dann geschieden zu werden".

Trotz dieser Bedenken konnten sich die Schöpfer des BGB dennoch nicht zur Anerkennung etwa der gegenseitigen Einwilligung als objektivem Scheidungsgrund durchringen, denn für schwerwiegender als die obigen Gesichtspunkte hielt man die Gefahr, daß das Volk die Willkür der Eheleute als wahren Grund der Scheidung ansehe, daß sich auf diese Weise Ansehen und Würde der Ehe im Volksbewußtsein lockerten⁷¹⁾.

70) Motive, IV, S. 567 ff.

71) Motive, ebenda, S. 568 und 569.

Hierzu komme, daß diese Art der Scheidung auch dazu mißbraucht werden könnte, eine Ehe zu lösen, die gar nicht völlig zerrüttet sei. Mit ähnlichen Überlegungen lehnte man auch eine Scheidung wegen unüberwindlicher Abneigung ab⁷²⁾.

Diese Entscheidung für das Verschuldensprinzip und gegen die Aufnahme der vom Verschulden unabhängigen, von der Zerrüttung bestimmten Scheidungsgründe sah sich lebhafter Kritik ausgesetzt⁷³⁾.

Einen breiten Raum nahm diese Frage auch in den Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages ein. Dieser Juristentag des Jahres 1889 hatte in seiner dritten Abteilung die Frage zur Diskussion gestellt: "Empfiehl es sich, die Ehescheidungsgründe in der vom Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches beabsichtigten Weise zu beschränken?"

Einer der beiden Gutachter, der Straßburger Professor Mayer, sprach sich im Hinblick auf die Gefahr zu häufiger Scheidungen für eine Beschränkung der Scheidungsgründe aus⁷⁴⁾. Sehr überzeugend war sein Gutachten freilich nicht. Es sei überhaupt eine leere Ausrede, heißt es u.a. hierin, einen Ehegatten vor dem anderen durch Scheidungen schützen zu müssen, denn es böten sich andere Mittel an. Wenn Polizei- und Strafrechtspflege einen Teil der ehelichen Verwicklungen auch nicht schlichten könnten, für das Größte gäben sie jedenfalls Schutz genug, wenn man sie nur anriefe. - Ein wahrlich schöner Trost, den der Professor

72) Motive, ebenda, S. 569; hiergegen dann im Jahre 1907 Marianne Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 500: "Nur die Wiedereinführung der ursprünglichen Bestimmungen des preußischen Landrechts und außerdem eine Erweiterung der "relativen" Scheidungsgründe über den Kreis der ganz groben Verstöße hinaus könnte Abhilfe schaffen... Es ist niemals erwiesen worden, daß die entsprechenden Bestimmungen des Landrechts soziale Nachteile im Gefolge gehabt hätten".

Mayer hier dem betreffenden Ehegatten bot! Wie beruhigend mag es für letzteren gewesen sein, zu wissen, daß die Polizei den aggressiven Ehegatten wenigstens am Verprügeln hindern würde. Segenbringender und veredelnder als die glatteste, behaglichste Ehe, heißt es dann weiter⁷⁵⁾, sei die tapfer ertragene unglückliche Ehe, in die man sich mit Schmerzen schicke. Man vermißt bei Mayer aber nähere Ausführungen darüber, inwiefern ein derartiges Märtyrertum besser sei als die Lösung der Ehe.

Der zweite Gutachter des Juristentages zu dieser Frage, der Rechtsanwalt und Privatdozent Jacobi, kam zu anderen Ergebnissen. Er sprach sich für eine Ausdehnung der Scheidungsgründe aus, wobei insbesondere das Scheidungsrecht des ALR von ihm verteidigt wurde, während der Entwurf des BGB hinsichtlich seiner Scheidungsbestimmungen ein "Rückschritt auf den Standpunkt Savignys sei"⁷⁶⁾.

Die meisten Mitglieder des Juristentages lehnten die strenge "Verschuldenslösung" des Entwurfs ab und stimmten für den Antrag der Professoren Gierke und Merkel, wonach die Ehescheidungsgründe nicht auf die Fälle eines Verschuldens zu beschränken seien.

73) einen guten Überblick über den Stand der Meinungen vermittelt die "Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurfe eines BGB", Bd. IV, Äußerungen zum Familienrecht.

74) Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages, II. Bd., S. 92 ff.

75) ebenda; in der nachfolgenden Debatte verstieg sich Mayer zu Thesen wie dieser: "Ein wohl erzogener Staatsbürger ist bloß der verheiratete Ehemann".

76) ebenda, II. Bd., S. 190.

Auch eine große Anzahl Autoren dieser Jahre wandte sich gegen die einseitige Betonung des Verschuldensprinzips. Klöppel⁷⁷⁾, obwohl den Entwurf bejahend, trat für den Ehescheidungsgrund der gegenseitigen Einwilligung ein. Gierke⁷⁸⁾ vermißte am Entwurf, daß die durch den Verschuldensgrundsatz geschaffene Strenge nicht durch ein landesherrliches Ehescheidungsrecht gemildert würde, ein Gesichtspunkt, den auch Bär⁷⁹⁾ und Berolzheimer⁸⁰⁾ hervorhoben. Gerade da, wo eine gerichtliche Entscheidung aufgrund beiderseitiger Einwilligung der Ehegatten unstatthaft sei, meinte Bär⁸¹⁾, helfe die landesherrliche Trennung einem dringenden Bedürfnis ab. Sein Gegenentwurf zum BGB trägt diesem Gedanken Rechnung in einem § 1311:

"Aufgrund beiderseitiger Einwilligung und gemeinsamen Antrags der Ehegatten kann eine Ehe durch Ausspruch des Staatsoberhauptes geschieden werden. Die Scheidung ist bei dem Staatsoberhaupt des Bundesstaates nachzusuchen, dem die Ehegatten angehören".

Die Garantie für einen Mißbrauch dieses Scheidungsgrundes wurde hier in der Person des Landesherrn gesehen, der zu wägen und prüfen habe, ob er die unglückliche Ehe trenne. Der Landesherr sollte damit eine ähnliche Funktion wie eine Gnadeninstanz in Strafsachen ausüben⁸²⁾.

77) Gruchot. Beitr. 33, 91.

78) Gegenentwurf, S. 448.

79) Bär, a. a. O., S. 154 und 155.

80) Berolzheimer, Gutachten aus dem Anwaltsstand, S. 311.

81) a. a. O.

82) so Berolzheimer, a. a. O.

III. Die Reformbewegung nach dem Ende des 1. Weltkrieges

Juristentag und Schrifttum drangen jedoch im Ergebnis nicht durch - im BGB entschied man sich für das Verschuldensprinzip, welches nur im Fall der Geisteskrankheit durchbrochen wurde.

Die bereits erwähnten ausländischen Vorbilder und die deutschen Autoren der Vorkriegszeit vor Augen, entstand jedoch in Deutschland schon wenige Jahre nach Kriegsende eine Reformbewegung, deren Ziel die Einführung des vom Verschulden unabhängigen Ehescheidungsgrund der ehelichen Zerrüttung bildete. Die Vielzahl juristischer Stimmen, aber auch solcher von Privatpersonen, und die Äußerungen ganzer Verbände⁸³⁾ rechtfertigten es, von einer regelrechten Reformbewegung, nicht nur von vereinzelt Reformbestrebungen zu sprechen⁸⁴⁾.

83) es bildeten sich sogar Verbände, wie z.B. in Köln der Verband "Eherechtsreform" und in Dresden der "Deutsche Rechtsbund", deren alleiniges Ziel die Berücksichtigung des objektiven Zerrüttungsprinzips war und die in diesem Sinne nicht nur auf die Öffentlichkeit einwirkten, sondern sich sogar mit Eingaben in den Jahren 1920 und 1921 an den Reichstag wandten; vgl. hierzu Hachenburg, JW 1922, S.5; Neubecker, DJZ 1921, 555; Bovensiepen, a.a.O., S.99.

84) kritische, auf eine Neureglung dringende Stimmen: Alma, Ein Vorschlag zur Eherechtsreform, S.101 ff.; Enneccerus-Kipp-Wolff, § 33 VIII; Erhardt, Ein neues Ehescheidungsrecht, S.6; Erler, DJZ 1927, 348; Fuchs, DRZ 1925, 179; Hachenburg, JW 1922, 5; Kahl, Gruchot 67, 1 ff.; derselbe, DJZ 1927, 552; v.Karger, JW 1924, 400; May, JW 1922, 5; Munk, Vorschläge zur Umgestaltung des Ehescheidungsrechts, S.10 ff.; Neubecker, DJZ 1921, 555; Pieper, Ehescheidung oder Zwangssehe?; Rebstein-Metzger, DJZ 1927, 715; Satter, Gerichtszeitung (Wien), 1925, S.8; Schmidt, DJZ 1922, 214; Traumann, Das Ehescheidungsrecht der Zukunft, 1920; Vogt, Gruchots Beitr., Bd.65, 659 ff.-

reformfeindliche Stimmen: Henle, Erleichterung der Ehescheidung?, 1927; Hoyer, LZ 1922, 22; Wurzer, JW 1922, 1000; dagegen ferner katholische und protestantische Kreise: so sprach 1922 die Fuldaer Bischofskonferenz in einem Schreiben an den Reichstag und die Reichsregierung die dringende Bitte aus, von jeder weiteren Erleichterung der Scheidung abzusehen; vgl. hierzu Bovensiepen, a.a.O., S.100.

Ihr ging es einmal darum, nachzuweisen, daß es tatsächlich Fälle echter Zerrüttung gab, welche nicht unter ein irgendwie geartetes Verschulden des Scheidungsrechts subsumiert werden könnten.

1. Typen zerrütteter Ehen - Zerrüttung ohne Verschulden

Als markanteste Gruppe zerrütteter Ehen führen die Reformer die bereits erwähnten Kriegs- und Nachkriegsehen an. Eine Reihe weiterer Beispiele findet sich bei Kahl⁸⁵⁾, einem der prominentesten und energischsten Reformer, Professor des evangelischen Kirchenrechts, Mitglied des Reichstages und Vorsitzender seines Rechtsausschusses. So zählt er zu den zerrütteten Ehen solche, bei denen sich an Schicksalen und Vorgängen des täglichen Lebens eine Unvereinbarkeit der Temperamente derart entzündet und gesteigert habe, daß auch der redlichste Wille, zu einem Übereinkommen zu gelangen, nicht mehr helfen könne⁸⁶⁾. Es klingt hier an, was Art. 3 des französischen Dekrets vom 20. September 1792 so formulierte: "L'un des époux peut faire prononcer le divorce sur la simple allégation d' incompatibilité d'humeur ou de caractère!"⁸⁷⁾.

85) DJZ 1927, 552 ff.; zu Kahl sehr eingehend Graf Soltikow-Bennecke, a.a.O., S. 21, welcher im wesentlichen gleiche Fallgruppen bildet.

86) die "Unvereinbarkeit der Temperamente und Charaktere" ist bei Soltikow-Bennecke allerdings eine Art Generalklausel; sie sei letzten Endes die Ursache jeder Zerrüttung. Noch zur Ehezerüttung zählt letzterer eine Gruppe von Fällen, in denen das Trennende ein Mensch ist, der zwischen den Ehepartnern steht, sich in das eheliche Leben einmischt und in dieses eindringt, ohne daß die Möglichkeit gegeben ist, ihn abzuschütteln (Schwiegereltern, Lehrer, Geistlicher); ähnlich Linsser, a.a.O., S. 36.

87) zum französischen Scheidungsrecht eingehend Soltikow-Bennecke, a.a.O., S. 33 ff.; ähnliche Bestimmungen finden sich nach Linsser, a.a.O., S. 74 in den Scheidungsrechten Kubas und der Dominikanischen Republik, vgl. Kuba, Art. 3 des Dekretgesetzes über die Ehescheidung Nr. 206 v. 10. 5. 1934 in der Fassung vom 4. 12. 1934 (Bergmann, a.a.O., Bd. 1); Dominikanische Republik, Art. 2 des Gesetzes über die Ehescheidung, Nr. 1306 v. 25. 5. 1937, abgeändert durch die Gesetze Nr. 2669, 3020 und 3932, (Bergmann, a.a.O., Bd. II).

Nicht selten ohne Schuld zerrüttet sind Kahl zufolge auch solche Ehen, in denen bei starker religiöser Empfindlichkeit beider Ehegatten die eheliche Gesinnung dadurch zerstört wird, daß einer der beiden die Konfession oder sogar die Religion wechselte oder in denen sich schwere religiöse Konflikte hinsichtlich der religiösen Kindererziehung ergaben⁸⁸⁾.

Der Autor nennt weiter Ehen, bei denen der eine Ehegatte, ohne an einer echten Geisteskrankheit zu leiden, die Ehe durch seine Hysterie, Neurasthenie oder pathologische Hypochondrie bis zum Zerreißen belastet und endlich als traurigste Kategorie diejenigen Ehen, bei denen ein Ehegatte erfolglos eine Scheidungsklage angestrengt hatte und nun die Ehe fortsetzen mußte⁸⁹⁾.

Das Fazit, alle diese Ehen wären besser nicht geschlossen worden, war aber nurmehr ein schwacher Trost: Mangels sichtbaren Verschuldens waren die Ehegatten nicht in der Lage, die Ehe zu lösen; diese war eben "nur" zerrüttet - es fehlt an einem Schuldgrund für die Scheidung.

88) hierzu Klink, a.a.O., S.61.

89) zu letzterer Gruppe auch Traumann, a.a.O.:

"Ist aber das Rütteln der Ehegatten an den Ehefesseln erfolglos geblieben, so schneiden diese Fesseln doppelt so tief in das Fleisch des Prozeßsieggers und des unterlegenen Scheidungsklägers ein. War bei Erhebung der Klage die Ehe nicht zerrüttet oder konnte der Beweis, daß der Scheidungsbeklagte schuldhaft die Zerrüttung herbeigeführt habe, nicht erbracht werden, so ist jetzt nach der vielleicht durch drei Rechtszüge hindurch erfolgten Zerfleischung der Ehegatten die Ehe sicher zerrüttet."

2. Scheinprozesse

Diese Ausgangssituation führte in vielen Fällen zu weiteren Mißständen und damit zu weiteren Argumenten gegen das Verschuldensprinzip. Konnte die Ehe nur geschieden werden, wenn ein Verschuldensgrund vorlag - von § 1569 wird hier abgesehen - und war ein solcher nicht vorhanden, so wurde er dem Gericht eben vorgetäuscht, um die Scheidung zu erlangen. Dieser Flucht in Scheinprozesse widmete die Reformliteratur breiten Raum. "Ist also heute eine Ehe zerrüttet oder unerträglich geworden," schrieb Marianne Weber,⁹⁰⁾ "weil beiden Gatten die Voraussetzungen, unter denen sie geschlossen wurde: Liebe, Achtung, gegenseitiges Verständnis, schwanden, so hilft man sich bekanntlich - namentlich in den besitzenden Klassen - durch das Fingieren eines äußeren Schuldmomentes, speziell des "böswilligen Verlassens". Werden die Rollen gut durchgeführt und sind die Geldmittel für den Gewinn eines geschickten Anwaltes vorhanden, so ist die Auflösung der Ehe meist zu erzielen"⁹¹⁾.

Das geringste Übel sah man noch darin, daß die Parteien, welche sich über die Auflösung der Ehe einig waren, die am wenigsten peinlichen Scheidungsgründe herausuchten. Es gab aber auch bedenklichere Fälle.

90)"Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung", S.549; dieselbe ebenso in "Frauenfragen und Frauengedanken", S.60.

91)im ähnlichen Sinne auch Fuchs, a.a.O., S.179; Gierke, a.a.O., S.448; Karger, a.a.O., S.400; Munk, a.a.O.; Bovensiepen, a.a.O., S.68.

"Viele Ehen werden auch wegen Ehebruchs geschieden, obwohl ein Ehebruch tatsächlich nicht begangen wurde", schreibt Fuchs im Jahre 1925⁹²⁾. Diese Manipulationen zeigten nach Auffassung der Kritiker, zu welcher Unmoralität die geltende Ehescheidungsgesetzgebung zwinge. Heuchelei und Unwahrhaftigkeit beherrschten das geltende Recht, wenn es die Parteien gleichsam zwinge, mit derartigen Täuschungsmanövern, eventuell sogar noch mit Hilfe gekaufter Zeugen, das Gericht planmäßig zu täuschen, obwohl tatsächlich nicht einmal der Schatten eines gesetzlichen Scheidungsgrundes vorzuliegen brauche⁹³⁾. Das Verschuldensprinzip wurde dabei durch regelrechte Verträge der Ehegatten durchbrochen, in denen entweder der Tatbestand des späteren Scheidungsgrundes näher festgelegt wurde, wenn ein Scheidungsgrund nicht gegeben war oder geregelt wurde, welcher Scheidungsgrund vorgespiegelt und auch, wie dem Unschuldigen die Zustimmung hierzu entgolten werden sollte⁹⁴⁾.

92) DRZ 1925, 179; zu den fingierten Scheidungen in England, Frankreich und USA auch Schönke in Freisler-Schönke, Vom alten zum neuen Ehescheidungsrecht, S. 283; deutsche Rechtsprechungs zit ate hierzu bei Kuhnke, Die vertragliche Ermöglichung und Erleichterung der Ehescheidung, S. 28 ff.; von ähnlichen Verhältnissen in England bis zur Gegenwart berichtet Scheidegger, Ehe und Ehescheidung, S. 17. Dort gab es bis vor wenigen Jahren praktisch nur den Scheidungsgrund des Ehebruchs. Lag kein solcher vor, war die Scheidung schwer durchzuführen. Parteien und Anwälte täuschten deshalb dem Gericht einen solchen vor, um die Scheidung zu erwirken; diese Manöver seien zum Teil noch heute zu beobachten.

93) Karger, a. a. O., S. 400.

94) vgl. Klink, a. a. O., S. 79.

3. Weitere Nachteile des bisherigen Scheidungsprozesses

Neben den Umgehungsmanövern in Form von Scheinprozessen riefen weitere Eigenheiten des bisherigen Scheidungsprozesses die Bedenken der Kritiker hervor. Dieser sei durch die Ausbreitung aller Einzelheiten eine qualvolle Prozedur für die Beteiligten und gebe durch die Schwierigkeiten der Beweisführung auch häufig ein falsches Bild der wahren Rechtslage. Das Scheidungsverfahren sei deshalb eine unerträgliche Prozedur, weil intime Dinge in allen Einzelheiten ans Tageslicht gezerzt würden⁹⁵⁾. Es arte zu einem Kampf auf Leben und Tod zwischen den Ehepartnern aus. Die Ehescheidung werde zu einem Kampf um die Rente und die Kinder und zwingt so die Ehegatten, sich vor den Gerichtsschranken wie zwei zum Kampfspiel bestimmte Tiere zu zerfleischen⁹⁶⁾.

Auch das Bemühen des Richters, zu den Tatsachen zu gelangen, aus denen man auf das Vorliegen von Verschuldensgründen schließen könne, sei wenig erfolgversprechend: Die für das Verschulden des einen oder anderen Ehegatten sprechenden Umstände spielten sich zumeist ohne Zeugen ab,

95) so Erhardt, a.a.O.; Fuchs, a.a.O.; Die Reichstagsabgeordnete Dr. Lüders in der Reichstagssitzung vom 26. 1. 1921, Verhandlungen des Reichstages, Stenogr. Berichte, Bd. 347.

96) Traumann, a.a.O., S. 24; Bovensiepen, Die Reform des Ehescheidungsrechts, S. 46, spricht geradezu von Kriegsparteien und bemüht auch recht bildhaft militante Vergleiche: "Wenn ein derartiger Krieg einmal angefangen hat, wird er selten in offener Feldschlacht geführt; er landet meist in jahrelang dauerndem Stellungskrieg durch sämtliche Instanzen auf der Suche nach einzelnen Ursachen, die ein Verschulden des einen oder des anderen dartun sollen und auf dem Vorrechnen des gegenseitigen Verhaltens, welches als Einzelvorgang gar nicht meßbar ist." Zu letzterem Gesichtspunkt auch Larenz, a.a.O., S. 185.

seien also schwer festzustellen⁹⁷⁾. Aber selbst wenn letzteres möglich sei, könne es zu verhängnisvollen Irrtümern führen, das Verhalten des betreffenden Ehegatten zur Begründung des Verschuldens heranzuziehen. Denn in der Mehrzahl der Fälle seien Ehebrüche, Mißhandlungen, Beschimpfungen und Vernachlässigungen nicht die Ursachen der Spannungen, sondern die Explosionserscheinungen der durch ganz andere Ursachen hervorgerufenen Spannungen, welche sich häufig allein aus der Unvereinbarkeit der Charaktere ergäben⁹⁸⁾.

IV. Die Einwände der Reformgegner

1. Das Zerrüttungsprinzip als Mittel zum Verstoßen der Ehefrau

Betrachtet man die "Gegenseite" der juristischen Diskussion dieser Jahre, diejenigen Autoren also, die den Reformbestrebungen reserviert oder gar ablehnend gegenüberstanden, so fällt einmal die geringe Zahl dieser Stimmen auf⁹⁹⁾, ein Umstand, der für die Reformreife der infrage stehenden Institution sprach. Die Reformgegner wandten sich einmal gegen die erstrebte Gesetzesänderung, weil sie nur ein Schritt auf dem Wege zur vollkommenen schrankenlosen Scheidung sei (Wurzer)¹⁰⁰⁾.

97) hierzu Vogt, a.a.O., S.666 ff.

98) so May, Ehescheidungspsychologie, Preuß.Jahrb., 173. Bd., S.322; zum verfeinerten Schuldbegriff des letzteren und der Schwierigkeit, das Verschulden überhaupt festzustellen, vgl. Bovensiepen, a.a.O., S.56 ff.; eingehend hierzu auch Strebel, a.a.O., S.69 ff., der allerdings nicht die Schlüsse aus den von ihm skizzierten Nachteilen des Verschuldensprinzips zieht.

99) hierzu zählen etwa Wurzer, JW 1922, S.1000; Henle, a.a.O. 100) a.a.O.

Künftig sei es dann kaum noch möglich, zwischen der Zerrüttung der Ehe und dem bloßen Wunsch der Gatten, voneinander loszukommen, irgendeinen Unterschied zu finden. Auch vergesse man, daß es gerade die ethische Pflicht eines jeden Ehegatten sei, peinliche Notstände in der Ehe in Gottes Namen zu tragen. Andere, wie Henle¹⁰¹⁾, lehnten die Neuregelung ab, weil sie überflüssig sei. Bereits das geltende Recht biete Ehegatten, die ihr Zusammenleben als unhaltbar erkannt hätten, einen anständigen Ausweg, den Scheidungsgrund des böswilligen Verlassens (§ 1567 BGB a.F.)¹⁰²⁾.

Endlich wurden, auch bei sonst befürwortenden Autoren, Bedenken laut, der neue Ehescheidungsgrund könne, da er mangels Verschuldens recht praktikabel sei, von ehemaligen Ehemännern dazu mißbraucht werden, sich von ihren alternden Frauen abzuwenden, sie zu verstoßen, um sich dann jüngeren Lebensgefährtinnen zuzuwenden¹⁰³⁾.

101) a.a.O.,

102) diese Anregung blieb ohne wesentliches Echo. Der Grund liegt wohl darin, daß einer der Ehegatten die Schuld übernehmen mußte - ein Gesichtspunkt, der ja gerade die Forderung nach Einführung des Zerrüttungsprinzips bestimmt hatte; kritisch hierzu auch Traumann, a.a.O., S.14,15; "Einer der Prozeßgegner muß es übernehmen, der schuldige Teil zu sein. Über das hier erforderliche Maß an Entsagung verfügt aber selten der Partner einer scheidungsreifen Ehe... Die einschneidenden Folgen der Schuldigerklärung im Ehescheidungsprozeß treffen die verurteilte Partei mit solcher Wucht, daß die freiwillige Übernahme dieser "Schuld" unerträglich erscheint"; gegen Henle auch Klink, a.a.O., S.89.

103) Henle, a.a.O., S.21: "Den Haupttyp der Scheidungskläger werden die Männer stellen. Nun stelle man sich vor, wie ein überdrüssig gewordener Mann nach Einführung des neuen Scheidungsgrundes seiner Frau, die durch unausgesetzte häusliche Arbeit und durch reichliche Beschenkung ihres Gatten mit Kindersegen ihre Reize eingebüßt hat, zusetzen wird, wie er durch ständiges Reden über die eingetretene Entfremdung und Zerrüttung und Drohen mit Erhebung der Scheidungsklage der Frau ihr Leben zur Qual machen kann."

Aus heutiger Sicht war das letztere Argument wohl das gewichtigste: Die spätere Reichsgerichtsrechtsprechung hat hier tatsächlich derartige Möglichkeiten eröffnet, und diese Mißbrauchsfälle dienen noch heute dazu, gegen das Zerrüttungsprinzip zu Felde zu ziehen. Jene Fälle müssen jedoch für die Beurteilung der Diskussion der 20er Jahre außer Betracht bleiben, denn nicht einmal die schärfsten Kritiker konnten die späteren Verirrungen in der Rechtsprechung des RG in ihre Überlegungen einbeziehen. Auch sie konnten nur mit einer "normalen" Zahl von Mißbrauchsfällen rechnen, die von den Reformern jedoch ebenfalls gesehen, dem Erneuerungsanliegen gegenüber aber als minder gewichtig mit in Kauf genommen wurde¹⁰⁴⁾.

Der Schutz der alternden Frau vor dem Verlangen des Ehemannes, sich ihrer zu entledigen, bildete sogar den Gegenstand von Forderungen im Rechtsausschuß des Reichstages¹⁰⁵⁾.

104) so z.B. Kahl, Gruchot 67, 1 ff.: "Gewissenlose Männer, ihrer verblühten Frauen überdrüssig, werden aus dem neuen Scheidungsgrunde Nutzen zu ziehen versuchen...; aber es werden noch ebenso viele andere reinliche Fälle zurückbleiben".- Von der Problematik einer "Frauenschutzbestimmung" spricht auch Traumann, a.a.O., S.57: "Ihre (der Frau) physische Schwächen und ihre Mutterschaftsbestimmung, vor allem aber die Vergänglichkeit weiblicher sexueller Anziehung, bedingt, daß die staatlich gesicherte Zusammenhaltung der Ehe die wichtigste Lebensfrage der Frau ist... Das Bild der verlassenen und von ihrem Manne verstoßenen Frau drängt sich auf. Über dieses Teilproblem der Weibesnot hilft keine Phrase von Frauenwürde hinweg."

105) Zitate bei von Soltikow-Bennecke, a.a.O., S.49.

Dieser Gedanke führte dann zu dem auf französisches Recht, nämlich den Code Napoléon, gestützten Antrag Nr.476 der Abgeordneten Dr.Freiherr von Freitag-Loringhoven und Dr.Barth:

- " 1. im Falle der Annahme des § 1568a des Bürgerlichen Gesetzbuches nach Nr.472 der Ausschußdrucksachen zwischen Absatz 3 und Absatz 4 folgenden Absatz einfügen:
Im Falle des Absatzes 1 ist die Scheidung nur auszusprechen, wenn die Ehe mindestens drei Jahre bestanden hat. In allen Fällen ist sie nur auszusprechen, wenn die Ehe kinderlos ist, oder die Kinder das 18. Lebensjahr erreicht haben. Nachdem die Ehefrau das 45. Lebensjahr überschritten hat, steht nur ihr das Recht zur Erhebung der Scheidungsklage aus § 1568a zu. Das gleiche gilt für den Ehemann, nachdem er das 60. Lebensjahr überschritten hat. Diese Beschränkung fällt fort, wenn beide Ehegatten das genannte Alter erreicht haben."

Die nicht seltene These, das Zerrüttungsprinzip sei gewissermaßen von Männern für Männer erdacht, die sich ihrer mißliebig gewordenen Ehefrau entledigen wollen, verlor stark an Glaubwürdigkeit, betrachtete man sich den Kreis der Reformanhänger. So war es die Reichstagsabgeordnete Dr.Lüders, die bereits im Jahre 1921 im Reichstage das geltende Scheidungsrecht als unerträgliche und qualvolle Prozedur bezeichnete, welche unsittliche Scheinprozesse hervorrufe. Deshalb müsse die Frage geprüft werden, ob man nicht das Zerrüttungsprinzip anstelle des Verschuldensprinzips einführen solle¹⁰⁶⁾.

Zwei Jahre später finden wir eine Denkschrift des Bundes Deutscher Frauenverbände, verfaßt von Marie Munk¹⁰⁷⁾, in welcher Vorschläge zur Umgestaltung des Rechts der Eheschei-

106) Verhandlungen des Reichstages, I. Wahlperiode 1920, Bd.347 der Stenogr.Berichte (57.Sitzung am 26.1.1921)

107)a.a.O.

dung und der elterlichen Gewalt gemacht wurden und dabei gleichzeitig ein Gesetzentwurf vorgelegt wurde. Bemerkenswert ist an letzterem, daß man nicht nur forderte, die Scheidung bei Zerrüttung der Ehe auch ohne Nachweis eines Verschuldens zu ermöglichen, sondern daß auch derjenige Ehegatte die Scheidung verlangen könne, der die Zerrüttung schuldhaft herbeigeführt hatte. Damit gingen die Frauenverbände noch über die Vorschläge vieler männlicher Kollegen hinaus, welche dem an der Zerrüttung Schuldigen die Scheidungsmöglichkeit versagten.

Auffallend an diesem weiblichen Beitrag zum Meinungsstreit war auch die scharfe Art der Fragestellung: "Ist es die Aufgabe des Staates, innerlich und äußerlich zerfallene Ehen aufrecht zu erhalten, weil etwa der schuldlose Ehegatte seine Pensionsansprüche nicht verlieren oder aus Gehässigkeit dem anderen nicht die Möglichkeit geben will, sein Leben neu aufzubauen?" hieß es u.a. hierin. Die Autorin verneint dies entschieden; es sei vielmehr ein Gebot der Sittlichkeit, auch denjenigen, welche selbst die Ehe gebrochen oder sich sonstiger Eheverfehlungen schuldig gemacht hätten, das Recht zu geben, die nur noch scheinbar bestehende Ehe, die jeden inneren Gehalt verloren habe, zu lösen. Ähnlich, auch hinsichtlich des Scheidungsrechts des schuldigen Ehegatten, äußerten sich Marianne Weber¹⁰⁸⁾ und die Mannheimer Rechtsanwältin Emmy Rebstein-Metzger¹⁰⁹⁾.

Diese Stimmen von Frauenseite zeigen, daß Männer wie Frauen gleichermaßen unter der bestehenden Rechtslage litten, denn nur so kann die erstaunliche Tatsache verstanden werden, daß die Frauenverbände noch über die Forderungen männlicher Autoren hinausgingen¹¹⁰⁾.

Zu Unrecht warf man der überwiegenden Mehrheit der Reformer auch vor, sie wollten mit der erstrebten Gesetzesänderung auf Umwegen die einverständliche Scheidung einführen¹¹¹⁾. "Fortan sei im Zweifel nicht mehr die Aufrechterhaltung der Ehe, sondern ihre Auflösung das Erstrebenswerte." (Wurzer)¹¹²⁾. Dieser Ansicht standen nicht nur die eindeutigen Bekundungen der einzelnen Autoren entgegen,¹¹³⁾ in ihren Vorschlägen fanden sich auch Sicherungen gegen einen derartigen Mißbrauch. Vogt¹¹⁴⁾ etwa verlangte, noch über die schwedische Regelung hinausgehend, eine vorangegangene Trennung von sieben Jahren zum Beweis für die Zerrüttung der Ehe, -"damit schwinde die Befürchtung, daß hier Willkür des Schuldigen entscheiden könne". Auch Kahl verlangte Sicherungen. Es müßten materiell-rechtliche Bürg-

108) "Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung", S. 550 ff. und "Frauenfragen...", S. 61: "...es bleibt auch dann nach dem Empfinden des modernen Menschen für beide Gatten entwürdigend, daß der eine den anderen gegen dessen Willen in der Ehe festhalten kann und daß, wenn der eine bereit ist, den anderen freizugeben, dieser eine Rechtsschuld fingieren muß, um loszukommen;" dieselbe ferner in "Die Idee der Ehe und die Ehescheidung", S. 67.

109) DJZ 1927, 715.

110) Wieruszowski, JW 1925, 329: "...Und wie die Angriffe gegen das geltende Familienrecht zum guten Teil gerade von Frauen ausgingen, so ist es nur zu begrüßen, wenn die Frauen jetzt, wo es gilt, die bessernde Hand anzulegen, Mitarbeit leisten wollen."

111) einige traten allerdings hierfür ein, so z.B. die Denkschrift der Frauenverbände.

112) JW 1922, 1000.

schaften für den Tatbestand einer unheilbaren objektiven Zerrüttung im Gesetz selbst vorgeschrieben werden. Hierunter versteht er einmal eine tatsächliche Trennung der Ehegatten als äußerliches Kriterium für die Zerrüttung. Diese Heimtrennung - er will ein Jahr genügen lassen - liege auch den skandinavischen Rechten zugrunde. Zum anderen müßten die Ehegatten selbst die familien- und vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung in bindender Weise geklärt und festgesetzt haben. Damit solle vorgebeugt werden, daß nicht "hinter dem wesenslosen Dunkel der Objektivität der Ehezerüttung sich Launen, Augenblicksverstimmungen, Frivolität oder sonstige faule Vorwände verbergen."¹¹⁵⁾

In den Angriffen gegen das Zerrüttungsprinzip findet sich in der juristischen Diskussion dieser Jahre nicht selten auch der Gesichtspunkt, die Eheleute hätten zusammenzuhalten und zusammenzubleiben, komme, was da wolle, wobei dem Recht die erzieherische Funktion zukomme, dahingehend auf die Ehepartner einzuwirken.

Die Dinge realer betrachtend, führten die Reformer hiergegen ins Feld, das Recht könne nur mit dem mittleren Durchschnittsmaß sittlicher Tragfähigkeit und Wider-

113)Hachenburg, a.a.O., Bovensiepen, a.a.O.; S.109.

114)a.a.O., S.666.

115)Kahl, Reform...,DJZ 1927,552; ähnlich auch die Vorschläge von Rosenberg, Ehescheidung und Eheanfechtung, S.125; Bovensiepen, a.a.O., S.147; Marianne Weber, Frauenfragen und Frauengedanken, S.65.

standsfähigkeit rechnen¹¹⁶⁾; wo dies nicht geschähe, sei die Folge Gesetzesumgehung oder -verletzung, sprengten die Verhältnisse das Gesetz und seine Bande¹¹⁷⁾ und hätten die bereits erwähnten Scheinprozesse zur Folge. Es liege aber im Interesse der Rechtsordnung, daß die Entwicklung nicht dahin ginge. Ihr widerspreche eine zwangsweise aufrecht erhaltene zerrüttete Ehe. Das durch die Aufrechterhaltung einer unbefriedigenden oder unglücklichen Ehe dargebrachte Opfer an individuellem Lebensglück gewinne doch erst dann den Charakter einer sittlichen Tat, wenn es Resultat eines freien Entschlusses, nicht aber eines Zwanges sei, schrieb Maria¹¹⁸⁾ Weber im Jahre 1909. Die Ehe sei das Fundament der Gesellschaft, aber eine verfaulte Stütze sei eben keine Stütze mehr - "was habe es noch für einen Sinn", hieß es in einer Schrift dieser Jahre¹¹⁹⁾ "Mann und Frau zu zwingen, im gleichen Zimmer zu schlafen, am gleichen Tisch zu essen, wenn sie einander so fremd, so gleichgültig geworden sind, wie die Person, neben der man in der Straßenbahn sitzt."

116) Kahl, Reform..., a.a.O.

117) Alma, a.a.O., S.5.

118) Frauenfragen und Frauengedanken, S.64.

119) Alma, a.a.O.

V. Die Vorschläge zur Änderung des Scheidungsrechts und ihre Behandlung im Reichstag

Eine Reihe von Reformautoren begnügte sich nicht mit der Kritik am geltenden Recht, sondern legte eigene Gesetzgebungsvorschläge vor. Allen diesen gemeinsam war dabei die Einführung eines neuen, vom Verschulden unabhängigen Ehescheidungsgrundes der objektiven Zerrüttung, zumeist als neuer § 1568a gekennzeichnet¹²⁰⁾.

Alleinige Voraussetzung dieses neuen Scheidungsgrundes sollte sein, daß eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten sei, daß keine Aussicht auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft mehr bestehe. Unterschiede in den Auffassungen ergaben sich aber hinsichtlich der möglichen Einschränkungen und zeitlichen Voraussetzungen dieses Scheidungsgrundes. Kahl z.B. hatte hier, um Mißbräuchen vorzubeugen, drei Sicherungen "eingebaut": einmal war demjenigen Ehegatten die Scheidung zu versagen, auf dessen schuldhaftes Verhalten die Zerrüttung vorwiegend zurückzuführen sei¹²¹⁾. Die anderen beiden - schon erwähnten - Korrektive Kahls bildeten vorangegangene einjährige Trennung der Ehegatten und vertragliche Regelung von Unterhaltspflicht und Kindererziehung. Die Gesetzgebungsvorschläge anderer Autoren gingen in diesem Punkte nicht so weit: Man begnügte sich zumeist mit dem Ablauf einer Frist von 1-3 Jahren, während der die häusliche Gemeinschaft

120)so z.B. Erler, DJZ 1927, 348; Wunderlich, DJZ 1927, 1084; die Anträge Henke und Müller im Reichstag, hierzu Kahl, Gruchot.67,1.

121)ebenso in diesem Punkte Erler, a.a.O.

der Ehegatten aufgehoben sein mußte¹²²⁾. Der Gesetzgebungsvorschlag des Bundes Deutscher Frauenverbände allerdings verzichtete gänzlich auf diese Kautelen¹²³⁾.

Es stellt sich nun die Frage, was haben die Bemühungen um Änderung des Scheidungsrechts tatsächlich vermocht, wie war ihr Einfluß auf die entscheidende Instanz, den Gesetzgeber? Welchen Gang die Erörterung des Ehescheidungsgrundes der Ehezerrüttung im Reichstag nahm, hat ausführlich Kahl geschildert, der als Vorsitzender des Rechtsausschusses des Reichstags selbst maßgeblich am Reformwerk beteiligt war¹²⁴⁾.

Das Verlangen nach einer Erweiterung der Ehescheidungsgründe um die bloße Ehezerrüttung drückte sich zunächst 1921 in Anfragen der sozialdemokratischen und der demokratischen Partei aus, denen dann im gleichen Jahre und in der Mitte des nächsten Jahres drei Anträge der gleichen Parteien folgten¹²⁵⁾. Zwar wurden die Anträge dem Rechtsausschuß überwiesen und in den Jahren 1925/26 - wegen schleppender Behandlung - erneut gestellt. Im Februar 1928 hatte dann der Unterausschuß des Rechtsausschusses einen Antrag Kahl und Genossen auf Abänderung der Bestimmungen des BGB angenommen. Dieser Antrag hatte, für die spätere Rechtsentwicklung bemerkenswert, folgende Fassung:

122)so z.B. in den Anträgen Henke und Müller.

123)a.a.O.

124)Kahl, Gruchot 67, 1 ff. und DJZ 1927, 552.

§ 1568a

1. Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn aus einem anderen Grunde eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten ist, daß eine dem Wesen der Ehe entsprechende Fortsetzung der Lebensgemeinschaft nicht mehr erwartet werden kann, und wenn infolge der Zerrüttung die Lebensgemeinschaft der Ehegatten seit mindestens einem Jahre vor Erhebung der Klage nicht mehr besteht.

2. Das Recht eines Ehegatten auf Scheidung nach Abs. 1 ist ausgeschlossen, wenn er selbst einen Scheidungsgrund gegeben hat oder anderweit die Zerrüttung der Ehe vorwiegend durch sein schuldhaftes Verhalten herbeigeführt worden ist.

125) Antrag Henke und Genossen. (vorm. unabhängige, dann sozialdemok. Partei) vom 24. Juni 1922:
"Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn eine so tiefe Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse oder solche Abneigung des einen Ehegatten gegen den anderen besteht, daß keine Aussicht auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens besteht. Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn beide Ehegatten auf Scheidung antragen".
(In Drucksache 4580, Verhandlungen des Reichstages, I. Wahlperiode 1920, Band 374, Anlagen zu den Stenogr. Berichten Nr. 4398 bis 4920, Berlin 1924).

Antrag Lüders, Schiffer, Brodauf und Gen. (demokr. Partei) vom 30. Juni 1922 (Drucksache 4649):
"Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses besteht, daß keine begründete Aussicht auf Herstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Gemeinschaft vorhanden ist."

Antrag Müller (Franken) und Genossen. (sozialdem. Partei) vom 17. Juli 1922 (Drucksache 4847):
"Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses besteht, daß keine begründete Aussicht auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft vorhanden ist. Diese Voraussetzung liegt ohneweiteres vor, wenn beide Ehegatten auf Scheidung antragen."

Zu diesen Anträgen ausführlich Rolland, a.a.O., S. 46 ff.

3. Jeder Ehegatte kann ferner auf Scheidung klagen, wenn die Ehegatten in beiderseitigem Einverständnis mindestens fünf Jahre völlig getrennt voneinander gelebt haben. Wenn diese Voraussetzungen zur Zeit der Erhebung der Klage vorliegen, kann die Scheidung aus dem § 1565 bis 1568 nicht begehrt werden.

4. Die Scheidung wird in allen Fällen erst ausgesprochen, wenn die Ehegatten sich über ihre gegenseitige Unterhaltspflicht und über die Sorge für die Person der gemeinsamen Kinder geeinigt haben. Kommt die Vereinbarung nicht zustande, so wird die Regelung durch das Urteil ersetzt.

Diese Reformbestrebungen im Reichstag blieben jedoch ohne Erfolg. Im Jahre 1929 scheiterte die Reform endgültig im Rechtsausschuß, als die Mitglieder der Zentrumsparlei bei der Beratung der Zerrüttungsvorschriften den Rechtsausschuß verließen und mit einer Regierungskrise drohten¹²⁶⁾.

Für den Mißerfolg der Reform waren zwei Gründe maßgebend: Einmal scheiterte die Einführung des neuen Scheidungsgrundes am Widerstand der Zentrumsparlei, deren Redner sich gegen das Zerrüttungsprinzip wandten, weil sie in ihm nur eine Erleichterung der Scheidung sahen¹²⁷⁾. Als Koalitionspartner vermochte die Zentrumsparlei auch wirksam den Gang der Gesetzgebung zu beeinflussen. Die anderen Parteien faßten das heiße Eisen der Eheschei-

126) vgl. Bovensiepen, a.a.O., S.100.

127) vgl. hierzu Kahl, Gruchot 67, 1; Klink, a.a.O., S. 59; Bovensiepen, a.a.O., S.100; Graf Soltikow-Bennecke, a.a.O., S.13.

dungsgesetzgebung dann auch nicht an, "die Machtstellung des Zentrums ließ jeden nicht durch politische Notwendigkeiten gebotenen Kampf unerwünscht erscheinen"¹²⁸⁾.

Der andere Grund für die Ergebnislosigkeit der Bemühungen war mehr politischer als weltanschaulicher Art: Der häufige Wechsel der Kabinette in der Weimarer Republik und damit auch der Justizminister machten eine kontinuierliche Behandlung der Materie unmöglich. Antwortete etwa am 1. Juli 1921 Justizminister Schiffer auf eine sozialdemokratische Anfrage nach dem Stand der Ehescheidungsreform, man sei in die Prüfung eingetreten, so war es am 21. November des gleichen Jahres bereits sein Nachfolger Radbruch, welcher eine demokratische Anfrage mit der Auskunft beschied, ein Entwurf werde vorbereitet¹²⁹⁾.

Als bisheriges Ergebnis läßt sich somit feststellen:

Nach dem ersten Weltkrieg wenden sich viele Stimmen aus juristischem Schrifttum und Öffentlichkeit gegen den im deutschen Scheidungsrecht herrschenden Verschuldensgrundsatz. Gestützt auf ausländische Vorbilder und verwandte Regelungen aus der Zeit vor dem Jahre 1900 fordern sie die Einführung eines nur von der Zerrüttung der Ehe gekennzeichneten Scheidungsgrundes. Die politischen Verhältnisse im Deutschland der Weimarer Republik vereitelten jedoch einen Erfolg der Reformbewegung.

128) May, JW 1922, 5

129) hierzu Kahl, DJZ 1927, 552: "Staatssekretär Dr. Joel hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die absolut verschiedene und abweichende Stellungnahme der Herren Reichsjustizminister notwendigerweise eine Folge des parlamentarischen Systems und der Neubildung von Regierungen geworden war".

Zweites Kapitel

§ 55 Ehegesetz 1938

I. Die objektive Zerrüttung im Ehegesetz 1938: § 55 EheG

Am 6. Juli 1938 trat in Deutschland ein neues Ehegesetz in Kraft¹³⁰⁾.

Von seinen Bestimmungen war es der Ehescheidungsgrund des § 55, der als "weitesttragende Neuerung"¹³¹⁾ Wissenschaft und Rechtsprechung bald am meisten beschäftigte¹³²⁾. Er lautete:

- I. Ist die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben und infolge einer tiefgreifenden, unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten, so kann jeder Ehegatte die Scheidung begehren.
- II. Hat der Ehegatte, der die Scheidung begehrt, die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet, so kann der andere der Scheidung widersprechen. Der Widerspruch ist nicht zu beachten, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist.

130) zu den natinnalsozialistischen Reformversuchen vgl. Rolland, a.a.O., S.49 ff.; zur Rechtssituation nach dem österreichischen ABGB vgl. Hummel, Der Scheidungsgrund der unheilbaren Zerrüttung unter besonderer Berücksichtigung der österreichischen Rechtsprechung, S.1.

131) Kommentar "Großdeutsches Eherecht", § 55, 1, S.204.

§ 55 EheG war für Fälle geschaffen worden, in denen zwar keiner der einzelnen vom Verschulden bestimmten Scheidungsgründe in Betracht gekommen wäre, die Ehegatten sich gleichwohl aber innerlich so auseinander gelebt hatten, daß mit einer Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht mehr gerechnet werden konnte¹³³⁾. Kein Verschulden, sondern allein tiefe Zerrüttung der Ehe verlangte der neue Ehescheidungsgrund als tatsächliche Voraussetzung¹³⁴⁾.

Der Entwurf des NSRB und der erste Entwurf der Akademie für deutsches Recht zur Neugestaltung des Eherechts hatten das Verschuldensprinzip überhaupt abschaffen, die bisherigen Verschuldensfälle aber als besondere Gruppe von Zerrüttungsgründen beibehalten wollen¹³⁵⁾. Sie waren jedoch nicht Gesetz geworden¹³⁶⁾; das Ehegesetz hatte sich für Scheidungsgründe sowohl aus Verschulden als auch für solche ohne Verschulden entschieden.

132) v. Scanzoni, Scheidung ohne Verschulden, 2. Auflage, S. 131; Mößner, ZAkDR 39, 292.

133) Amtl. Begründung, DJ 1938, 1102 (1109); Mößner, Entwurf... S. 47; Jonas, Bumke-Festschrift, S. 205.

134) diese Zerrüttung wird auch objektive Zerrüttung genannt, wobei damit die nicht schuldgebundene Zerrüttung gemeint wird; in einem anderen Sinne ist objektive Zerrüttung aber auch die für den Dritten erkennliche, nicht bloß vom subjektiven Gefühl der Ehepartner bestimmte Zerrüttung.

135) vgl. Mößner, Entwurf..., S. 14; ders. ferner DR 1937, 178 und 179; für eine gänzliche Abschaffung des Verschuldensprinzips auch Bovensiepen, a.a.O., S. 138 und Schneider, DR 1937, 142 u.a. mit dem Argument, auf das Verschuldensprinzip, das zur Vergiftung der Scheidungsprozesse führe, könne verzichtet werden, wenn man die Scheidungsfolgen nicht von der Schuldfrage abhängig mache; zu letzterem Gesichtspunkt auch Wieacker, DR 1937, 182.

136) zur Kritik an diesen Entwürfen vgl. Großdeutsches Eherecht, § 55, 1, Vorbem. a und b, S. 204; gegen eine zu starke Ausdehnung des Zerrüttungsprinzips auch Freisler, Vom alten zum neuen Ehescheidungsrecht, S. 154.

Der wichtigste Scheidungsgrund der letzteren Gruppe war der § 55 EheG. Als "neuen" Scheidungsgrund kann man ihn jedoch nur bedingt bezeichnen. Neu war er wohl in seinem gesetzlichen Gewande; in den Grundzügen, Voraussetzungen und Einschränkungen handelt es sich jedoch um den gleichen Scheidungsgrund, dessen Einführung der Kampf der Reformbewegung während der zwanziger Jahre dieses Jahrhunderts galt. Als äußeres Merkmal¹³⁷⁾ der tiefgreifenden unheilbaren Zerrüttung verlangte er eine dreijährige Trennung der Ehegatten. Damit kehrte als zeitliche Voraussetzung wieder, was bereits schon Gegenstand skandinavischer Ehegesetzgebung bildete und den deutschen Reformern nach dem ersten Weltkrieg als nachahmenswert erschienen war.

Ausländische Vorbilder und deutsche Autoren standen auch Pate bei der Ausgestaltung des 2. Absatzes des § 55 EheG. Dieser war als Einschränkung des in Absatz 1 enthaltenen Ehescheidungsgrundes gedacht. Ein Ehegatte sollte nicht etwa durch schwere Eheverfehlungen die Zerrüttung herbeiführen und nach dreijähriger Trennung von dem anderen Ehegatten die Scheidung begehren können, denn, "wäre dies möglich, so würde namentlich ein Ehegatte, der von seiner Frau nur loskommen will, weil er eine jüngere und reizvollere gefunden hat, das Ziel der Vereinigung mit dieser Frau durch eine Art Verstoßung der ersten Frau erreichen können"¹³⁸⁾.

137) Volkmar, Das neue Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht, II. Teil, DJ 1938, 1145 (1147)

138) Amtl. Begründung, DJ 1938, S. 1109; Großdeutsches Eherecht, § 55, 2, Vorbem. b, 5; zustimmend ferner Freisler, a.a.O., S. 154, 158; Mößner, Entwurf..., S. 51 u. weiter § 8 II des Gesetzesvorschlages der Akad. für Deutsches Recht: "Beantragt der andere Ehegatte, die Ehe nicht zu scheiden, weil die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses auf dem eigenen schuldhaften Verhalten des Antragstellers beruht, so soll das Gericht dem Scheidungsantrag nicht stattgeben, wenn die Scheidung mit einer groben Unbilligkeit gegenüber dem anderen Ehegatten verbunden wäre".

Diese Vorschrift beschritt damit ähnliche Wege wie die entsprechenden Regelungen des skandinavischen, Schweizer und tschechoslowakischen Rechts, wenn sie dem an der Zerrüttung schuldigen Ehegatten die Scheidungsmöglichkeit versagte¹³⁹⁾.

In einem Punkte ging sie über diese ausländischen Vorbilder hinaus. Die Einschränkung des Absatzes II S.1 wurde ihrerseits durch einen zweiten Satz wieder eingeschränkt. Dieser sah vor, daß der Widerspruch gegen das Scheidungsbegehren nicht zu beachten sei, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten nicht gerechtfertigt sei. Der Gesetzgeber wollte damit Mißbräuchen vorbeugen, die etwa darin bestanden, daß eine Frau, die von ihrem Manne dauernd getrennt lebte und von ihm Unterhalt bezog, sich aus Hass und Rache weigerte, die eheliche Gemeinschaft wieder aufzunehmen, auf der anderen Seite aber auch nicht auf Scheidung klagte. Sie, die selbst keine Eheverfehlung begangen hatte, konnte so den Mann an die Ehe binden, ohne daß für diesen eine Lösungsmöglichkeit bestand¹⁴⁰⁾.

139)vgl. erstes Kapitel, F.26, F.39, F.40.

140)vgl. Amtl. Begründung, DJ 1938, S.1109; Volkmar, a.a.O., S.1147; Scheidegger, a.a.O., S.44, der für das Schweizer Recht darauf hinweist, daß in Fällen, in denen sich der beklagte schuldlose oder weniger schuldige Ehegatte trotz zumutbarer Bedingungen weigere, die eheliche Lebensgemeinschaft wieder aufzunehmen, die Weigerung als Rechtsmißbrauch gelte. Da Art. 2 ZGB offenbare Rechtsmißbräuche verbiete, sei die Weigerung des schuldlosen Ehegatten nicht zu beachten und stehe einer Scheidung nicht entgegen; ebenso Hinderling, a.a.O., S.43,44.

Es läßt sich zusammenfassend feststellen, daß die neue Bestimmung des § 55 EheG durchaus auch schon vom Gesetzgeber der Weimarer Zeit hätte verwirklicht werden können. Nicht so sehr als revolutionäre Neuregelung als vielmehr als späte Krönung eines langen mühevollen, aber erfolglosen Reformwerks erscheint sie dem juristischen Betrachter dieser Jahre¹⁴¹⁾. Daß sie in den folgenden Jahren - nicht selten zu Recht - in Mißkredit geriet, lag nicht an ihrer Existenz als solcher als vielmehr an ihrer Auslegung durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

II. Die Auslegung des § 55 EheG durch Rechtsprechung und Lehre

1. Die Auslegung des Absatzes I.

Wendet man sich der Interpretation der Norm durch Wissenschaft und Rechtsprechung zu, so kann behauptet werden, daß im Gegensatz zur Auslegung des II. Absatzes des § 55 diejenige des I. Absatzes kaum zur Kritik herausfordert. Es handelte sich hierbei auch nur um die Erläuterung der Begriffe "tiefe unheilbare Zerrüttung" und "dreijährige häusliche Trennung", also um die beiden selbständigen¹⁴²⁾ Tatbestandsmerkmale des Scheidungsgrundes. Eigentliche Scheidungsvoraussetzung bil-

141) so Wolf-Lücke-Hax, a.a.O., S. 79: § 55 entspreche in seinen Grundzügen dem Antrag des Abgeordneten Kahl, falsch sei deshalb die Bezeichnung des Ehegesetzes 1938 als "Nazigesetz" durch den Prälaten Portmann und die auf gleicher Linie liegende Polemik Boschs.

142) RGZ 160, 248; Lauterbach, ZAKDR, 1938, 729.

dete dabei die unheilbare Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses, während die Auflösung der häuslichen Gemeinschaft hierfür nur als äußeres Erkennungs- und Beurteilungsmerkmal diente¹⁴³⁾.

Unter tiefgreifender unheilbarer Zerrüttung verstand man die hoffnungslose Zerstörung des ehelichen Verhältnisses. Keineswegs war dies schon bei einer momentanen Störung der ehelichen Eintracht oder einer zeitweisen Entfremdung gegeben¹⁴⁴⁾. Bei einem oder bei beiden Ehegatten mußten durch Verfehlungen oder durch Ereignisse oder Verhältnisse, die keine Schuld zu bedeuten oder mit der Person des Ehegatten nicht einmal zusammenzuhängen brauchten (etwa völlige Nichtübereinstimmung in geistiger oder seelischer Beziehung, Uneinigkeit in wichtigen weltanschaulichen oder religiösen Fragen, Verschiedenheit der Interessen und der Charaktere),¹⁴⁵⁾ die eheliche Gesinnung zerstört und eine völlige innerliche Entfremdung eingetreten sein. Diese mußte es dem Ehegatten unmöglich machen, dem anderen noch Liebe und Achtung entgegenzubringen¹⁴⁶⁾.

143)v.Scanzoni, a.a.O., 3.Auflage, S.144.

144)Mößner, Entwurf...,S.13.

145)vgl.v.Scanzoni, 2.Auflage, S.134,

146)RGZ 163, 342 mit weiteren Zitaten; eingehend zum Zerrüttungsgrund mit rechtsvergleichenden Zitaten Hummel, a.a.O., S.15.

Es stellte sich hier die bedeutsame Frage, ob von Zerrüttung erst gesprochen werden kann, wenn bei beiden Ehegatten die eheliche Gesinnung zerstört war, oder ob dies schon dann der Fall war, wenn nur der Kläger den Willen hatte, das eheliche Verhältnis nicht wieder aufzunehmen, der Beklagte aber noch innerlich zur Ehe stand. Die Judikatur entschied in letzterem Sinne; das Reichsgericht bejahte die Zerrüttung bereits, wenn auch nur bei einem der Ehegatten die Bereitschaft fehlte, die eheliche Gemeinschaft mit dem anderen wieder aufzunehmen¹⁴⁷⁾. Für den rückkehrwilligen Ehegatten mutete dies hart an, jene Art der Argumentation erklärte sich aber aus der rein objektiven Betrachtungsweise des Reichsgerichts. Die Zerrüttung sei ein objektiver Begriff, es interessiere nur das, was ist, nicht etwa, was im Sinne der Ehepflichten sein sollte¹⁴⁸⁾. Interessierte aber nur das Vorliegen der Zerrüttung, das dauernde Fehlen einer ehelichen Harmonie, dann war die Ursache der Zerrüttung, welche etwa in einem Verschulden des Klägers an der Zerrüttung bestehen konnte, für die Prüfung des Scheidungsgrundes nach Absatz I. ohne Belang¹⁴⁹⁾.

147)RGZ 160, 95, (102); RGZ 161,399; RGZ 159, 306, (307); Jonas, a.a.O., S. 205; einschränkend Volkmar, Kommentar zum Großdeutschen Eherecht, § 55, 2 c, welcher verlangt, der klagende Ehegatte dürfe nur aus beachtlichen Gründen die Gemeinschaft nicht wieder aufnehmen wollen; dagegen v.Scanzoni, Scheidung ohne Verschulden, 2.Auflage, S.27; gegen neuerdings aufkommende Tendenz, nur eine doppelseitige Zerrüttung gelten zu lassen, vgl. Gernhuber, a.a.O., § 27, IV, 1, Fußnote 1.

148)v.Scanzoni, DR 42, 1513; RG DR 1942, 1552; RG Recht 41, Nr.197.

149)RGZ 162, 91 (92); Lauterbach, ZAKDR 1939, 234.

Insoweit schritt das Ehegesetz auch über die Bedenken Wieackers¹⁵⁰⁾ hinweg, welcher sich bei den Vorarbeiten zum Gesetz dafür einsetzte, den Zerrüttungsfall so zu fassen, daß er nicht schon durch ein einseitiges bewußtes Handeln des Scheidungswilligen (etwa durch Getrenntleben oder Eheverfehlungen) verwirklicht werden könnte. Zerrüttung lag also auch im letzteren Falle vor, die Korrektur unbilliger Ergebnisse erfolgte im Rahmen des Absatz II EheG.

Äußeres und zugleich wichtigstes Indiz für die unheilbare Zerrüttung war die Auflösung der häuslichen Gemeinschaft seit drei Jahren. Begründete sie dergestalt eine materiell-rechtliche Vermutung, so hatte sie daneben noch Bedeutung für die Beweislast im Scheidungsprozeß: "Der Ehegatte, der sich von der häuslichen Gemeinschaft lossagt, setzt sich jedenfalls äußerlich zunächst ins Unrecht. Nach der Lebenserfahrung ist ferner davon auszugehen, daß die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft geeignet ist, die Zerrüttung zu bewirken. In beiden Richtungen hat daher der klagende Ehegatte, wenn er den trennenden Schritt getan hat, die gegen ihn sprechenden tatsächlichen Vermutungen zu entkräften¹⁵¹⁾".

Unter "Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft" war nach v. Scanzoni¹⁵²⁾ allein das tatsächliche Getrenntleben zu verstehen, ein Zustand also, bei dem die persönliche

150)DR 37, 182.

151)RG DR 40, 1050; ebenso RG IV 332/39 vom 15.2.40, RG IV 235/39 vom 8.1.1940, zit. bei v.Scanzoni, Scheidung ohne Verschulden, S. 36.

152)a.a.O., 3.Auflage, S.150.

Berührung der Ehegatten weitgehend ausgeschaltet war¹⁵³⁾. Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft konnte nicht mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft¹⁵⁴⁾ gleichgesetzt werden. Erstere war als ein rein äußeres Moment zu verstehen; es entfielen daher für ihre Beurteilung auch subjektive Gesichtspunkte, wie z.B. geistige oder seelische Bindung, welche nur für das erste Tatbestandsmerkmal, die Zerrüttung, bedeutsam sein konnten¹⁵⁵⁾. Da die häusliche Gemeinschaft etwas anderes darstellte als die eheliche Gemeinschaft, konnte jene durchaus fortbestehen, obwohl von häuslicher Gemeinschaft nicht mehr gesprochen werden konnte¹⁵⁶⁾.

Wann nun im einzelnen von Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft die Rede sein konnte, hatte das Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen klarzustellen versucht. Ihm kam dabei zustatten, daß dieser Begriff schon vor dem Ehegesetz 1938 im Familienrecht vorhanden war¹⁵⁷⁾. Das BGB kannte ihn im § 1571 II BGB, welcher dann als neuer § 57 III ins Ehegesetz übernommen wurde, sich begrifflich aber völlig mit der "Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft" im § 55 I Ehegesetz deckte¹⁵⁸⁾.

153) allein der äußere Tatbestand entscheidet, eine Entfremdung wird nicht vorausgesetzt, RG DR 40, 2003.

154) RGDR 1939, 1578, 1579.

155) RGZ 160, 280, (284).

156) RGZ 160, 280, (284).

157) vgl. Dreßler, DJ 1939, 380; Jonas (Senatspräsident des RG!), a.a.O., S. 206: "Das Tatbestandsmoment der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft hat keine nennenswerten Schwierigkeiten bereitet".

158) RG DR 1939, 1578; RGZ 159, 115. § 57 I Satz 3 Ehegesetz wich in seiner Tragweite von § 1571 II Satz 1 insofern ab, als er sich nicht wie jene Vorschrift auch auf den Lauf der zehnjährigen Ausschlussfrist bezog; vgl. RG JW 1939, 637.

Die bisherigen Auslegungsgrundsätze übertrug man nunmehr auch auf die neue Norm. Praktisch bedeutsam wurde dies jedoch nur in Grenzfällen, denn in den "Normalfällen" - die Eheleute wohnten an verschiedenen Orten oder mindestens in verschiedenen Wohnungen am gleichen Ort - war die Feststellung, die häusliche Gemeinschaft sei aufgehoben, nicht schwierig. Es war immer dann der Fall, wenn ein Ehegatte sich vom anderen nicht nur für vorübergehend trennte¹⁵⁹). Eine solche, bloß vorübergehende Trennung - und damit keine Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft - sah das Reichsgericht für gegeben an, wenn sich die Trennung als eine natürliche, sich aus dem regelmäßigen Lauf der Dinge ergebende darstellte, z.B. auf wirtschaftlichen, beruflichen, gesundheitlichen oder ähnlichen Gründen beruhte¹⁶⁰).

Bei den eigentlichen Aufhebungsfällen ließen sich drei Gruppen unterscheiden:

1. Die Eheleute lebten räumlich getrennt und hatten keinen Kontakt miteinander.
2. Die Eheleute lebten räumlich getrennt und hatten Kontakt miteinander.
3. Die Eheleute lebten unter demselben Dach, in derselben Wohnung und hatten einen losen Kontakt miteinander.

159) Danielcik, JW 38, 2866.

160) RGZ 160, 249; RGZ 128, 49 (differenzierend bei längerem Kriegsdienst: meistens Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft, aber keine Lösung bei wiederholten Urlaubsbesuchen des Mannes); hinsichtlich des Wehrdienstes auch OLG Düsseldorf, DR 1943, 85: entscheidend seien die Umstände des Einzelfalles, so komme es beispielsweise darauf an, ob der Ehegatte sich zu Urlaubsbesuchen einfinde oder nur brieflichen Kontakt habe; RGZ 53, 342 (Aufhebung bei Verbüßung einer längeren Freiheitsstrafe); als jüngste Entscheidung RGZ 164, 335 (Tätigkeit als Schauspieler).

Daß in den Fällen der ersten Gruppe die Aufhebung zu bejahen ist, bedurfte keines näheren Eingehens. In der zweiten Kategorie stand der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft nicht entgegen, daß die räumlich getrennt lebenden Ehegatten freundliche Briefe miteinander wechselten, sich besuchten und bei dieser Gelegenheit auch geschlechtlich miteinander verkehrten¹⁶¹⁾.

Gewisse Beurteilungsschwierigkeiten ergaben sich für die Judikatur eigentlich nur bei der letzten Gruppe. Hier nahm man eine Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft dann an, wenn trotz gemeinsamer Wohnung eine vollkommene faktische Trennung der Eheleute vorlag¹⁶²⁾. Dazu gehörte in jedem Falle, daß von den Eheleuten kein gemeinsamer Haushalt geführt wurde¹⁶³⁾, eine persönliche Berührung also weitgehend ausgeschlossen war. Verrichtete die Frau aber dennoch die üblichen Arbeiten im Haushalt, leitete sie diesen etwa selbst, wobei ihr dann der Mann die Mittel hierzu zur Verfügung stellte, dann konnte, selbst bei getrennten Schlafzimmern und bei getrennt eingenommenen Mahlzeiten, von Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft nicht gesprochen werden¹⁶⁴⁾.

Mindestens drei Jahre mußte die häusliche Gemeinschaft aufgehoben sein. Fraglich war in diesem Zusammenhang, ob die Dreijahresfrist auch für die Zerrüttung der Ehe zu gelten habe. Den gesetzgeberischen Intentionen

161)RGZ 160, 284.

162)v.Scanzoni, a.a.O., 2.Aufl., S.138; RGZ 159, 119;
RG JW 1920, 641.

163)Auert, Das neue großdeutsche Eherecht, § 55 Bemerkung 1.

164)RG DR 1939, 1330; ebenso eine Entscheidung des österreichischen OGH, zit. bei Hummel, a.a.O., S.21.

am ehesten gerecht wurde wohl die Auffassung Spotts¹⁶⁵⁾, die Frist bei beiden Tatbestandsmerkmalen müsse voll erfüllt sein, denn es widerspräche die gegenteilige Auffassung dem Zweck der Bestimmung, der darin bestehe, anhand einer gewissen zeitlichen Dauer - eben der drei Jahre - den Zerrüttungsgrad abzulesen und die Dreijahresfrist als Indiz für die Zerrüttung zu verwenden.

2. Die Auslegung des Absatzes II.

Trotz dreijähriger Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft und tiefgreifender Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses, trotz Erfüllung also der Tatbestandsmerkmale des Scheidungsgrundes gem. § 55 I EheG, konnte nach Absatz II der gleichen Norm dem Scheidungsbegehren widersprochen werden, wenn der die Scheidung begehrende Ehegatte die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet hatte. Der Widerspruch bildete die Verteidigung des Beklagten in der Form einer Einrede; das Gericht prüft nicht von Amts wegen, von sich aus, die durch den Widerspruch ausgelöste Frage nach dem Verschulden an der Zerrüttung¹⁶⁶⁾. Macht der Beklagte also kein Verschulden des Klägers geltend, was in Form des Widerspruchs erfolgt, bleibt dieses unberücksichtigt. Erhebt der Beklagte keinen Widerspruch, so kommt es trotz der Pflicht des Gerichtes, eheerhaltende Tatsachen auch gegen den Widerspruch der Parteien zu berücksichtigen (§ 622 II ZPO), nicht darauf an, ob ein Widerspruch begründet sein könnte; es ist vielmehr

zu scheiden^{166a)}. Der Beklagte muß daher das ihm zustehende Widerspruchsrecht geltend machen, wenn er eine Abweisung der Klage erreichen will^{166b)}. Der Widerspruch war von vornherein ausgeschlossen, wenn

- a) ein Verschulden des klagenden Ehegatten überhaupt nicht gegeben war oder

166) Lauterbach, ZAKDR 38, 729; Sihler, Darstellung und kritische Betrachtung der Scheidungsgründe des geltenden Rechts, S. 42; zur Natur des nachmaligen § 48 II als unverzichtbarem Gestaltungsrecht OLG Bremen, JZ 1953, S. 153; Soergel-Siebert, § 48, A.12; Palandt-Lauterbach, § 48, A.7 (der Widerspruch sei kein ausschließlich prozessualer Rechtsbegriff, sondern enthalte auch ein sachliches Gestaltungsrecht), ähnlich Gernhuber, a.a.O., § 27, IV, 5 unter Betonung des materiellrechtlichen Charakters des Widerspruchs und Habscheid, Die -Wiederholung ..., S. 70 (der Widerspruch sei ähnlich wie die bürgerlich-rechtliche Einrede ein materielles Gegenrecht). Als echte Einrede bezeichnet Dölle, Familienrecht, § 39, IV, 1 (S.533) und IV, 3c (S. 547) den Widerspruch. Er sei entgegen der Auffassung des OLG Bremen kein Gestaltungsrecht im technischen Sinne dieses Begriffs, weil er sich durch die einmalige Geltendmachung nicht verbrauche.

166a) Palandt-Lauterbach, § 48, A.7.

166b) Habscheid, Die Wiederholung..., S.70.

b) den Beklagten eine gleichwertige Mitschuld traf. Widerspruch konnte also nur dann erhoben werden, wenn den Kläger die ganze oder überwiegende Schuld an der Zerrüttung traf; erst dann waren die Voraussetzungen des II.Absatzes gegeben, war der Widerspruch zulässig.

Bevor auf die Auslegung des 2.Absatzes eingegangen wird, bedarf es einer Klärung des Verhältnisses der beiden Absätze - und in Absatz II der beiden Sätze - zueinander. Absatz I enthielt die Voraussetzungen des Scheidungsgrundes, bildete die Regelbestimmung und wurde auch so verstanden. Er erfuhr dann, ähnlich wie in den oben zitierten ausländischen Rechten, durch den 2 .Absatz eine Einschränkung, die die Natur eines Regulativs gegen Mißbrauchsfälle hatte. Von den beiden Sätzen des Absatzes II befand Satz 1 über die Zulässigkeit des Widerspruchs, Satz 2 darüber, ob der zulässige Widerspruch auch zu beachten war. Dem zweiten Satz kam dabei die entscheidende Bedeutung zu. Von ihm hing es praktisch ab, ob man den Kreis der Ausnahmefälle weit faßte (und damit weniger Klagen zum Erfolg verhalf) oder ob die Fälle des Widerspruchs eng gefaßt blieben und auf diese Weise die Scheidungsmöglichkeit im wesentlichen schon mit der Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen nach Absatz I erfüllt war.

Kriterium darüber bildete die Frage, wann die Aufrechterhaltung der Ehe sittlich gerechtfertigt war. Ein derart komplexer, ausfüllungsbedürftiger Begriff wie der der sittlichen Rechtfertigung ließ die endgültige Entscheidung den Richter treffen, der ihn zu handhaben hatte.

Nicht so sehr die Intentionen des Gesetzgebers, als vielmehr die Auslegung durch die Gerichte, insbesondere durch das Reichsgericht, müssen daher Gegenstand der Betrachtung werden, will man das rechte Verständnis von § 55 EheG gewinnen.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu Absatz II.

a) Die Bejahung der Beachtlichkeit des Widerspruchs.

Am wenigsten auf Kritik, damals wie heute, stießen diejenigen RG-Entscheidungen, welche die Beachtlichkeit des Widerspruchs des beklagten Ehegatten bejahten. Uneingeschränkte Zustimmung verdienen vor allem diejenigen Urteile, welche den Absatz II als "Frauenschutzbestimmung" verstanden und dem Widerspruch der beklagten Frau zum Erfolg verhalfen, wenn die Ehe schon lange bestanden hatte, der Kläger sich aber von seiner alternden Frau abgewandt hatte, weil er ihrer überdrüssig war, nicht selten, um sich einer jüngeren Frau zuzuwenden¹⁶⁷⁾.

Schutzwürdig erschien dem RG nicht nur die in hohem Alter stehende, sondern auch die erwerbsunfähige oder kränkliche Frau¹⁶⁸⁾ - letztere insbesondere dann, wenn

167) so die Entscheidungen RGZ 159, 111 (26-jährige Ehe, große persönliche Opfer der Ehefrau); RGZ 160, 41 (20-jährige Ehe); RG IV 119/1939 vom 7. August 1939, zit. bei v. Scanzoni, a.a.O., S. 179, (18 1/2-jährige Ehe); RG DR 40, 1361; RG Seuff. Arch. 95, 72 (18 1/2-jährige Ehe); RGZ 168, 55 (24-jährige Ehe); RG 64/42 vom 18.7.1942 (22-jährige Ehe), zit. bei v. Scanzoni, a.a.O., S. 187.

168) RG Warn. E. 40, 178 (hohes Alter); ebenfalls RG Warn. E. 40, 251; RG DJ 41, 814; RG IV 225/42 vom 17.3.1943, zit. bei v. Scanzoni, a.a.O., S. 188 (Erwerbsunfähigkeit wegen chronischen deformierenden Gelenkrheumatismus).

der Kläger selbst die Krankheit verschuldet hatte¹⁶⁹⁾, wie auch die kinderreiche Mutter, besonders bei Kindern im unterhalts- und erziehungsbedürftigen Alter¹⁷⁰⁾. Darüber hinaus ließ man den Widerspruch etwa dann durchgreifen, wenn die Beklagte ihre Pflicht als Frau und Mutter vorbildlich erfüllt und in ungewöhnlicher Weise den Mann bei der Erringung einer Lebensstellung unterstützt hatte¹⁷¹⁾.

Alle diese Entscheidungen sind zu billigen. Sie entsprechen voll den Absichten des Gesetzgebers, wie dieser sie in der Amtlichen Begründung dargelegt hatte. Sie halten auch einem Vergleich mit den Entscheidungen ausländischer Obergerichte stand, welche sich mit der Korrektur des Scheidungsgrundes der objektiven Zerrüttung befassen¹⁷²⁾.

Anders liegen die Dinge jedoch bei einer letzten Gruppe reichsgerichtlicher Urteile, welche zwar auch die Beachtlichkeit des Widerspruchs bejahen. Es sind dies jedoch Entscheidungen, in denen sich die falsche Auffassung des Nationalsozialismus niederschlug, die

169)RGZ 162, 47 (Unfruchtbarkeit der Beklagten durch vom Kläger verschuldete Ansteckung mit Geschlechtskrankheit);RG DR 41, 2567 (Kläger steckt Beklagte mit Lungentuberkulose an).

170)zum Schutz minderjähriger Kinder i.e. vgl.Kapitel III, 4.Abschnitt; Entscheidungen zugunsten kinderreicher Mütter: RGZ 160, 41; RG DR 40, 1363; RG Warn.E. 41,208; RGZ 168, 55; zustimmend zu dieser Rechtsprechung Lauterbach, ZAKDR 1939, 379.

171)RG Warn.E.41, 208.

172)Nachweise bei Hinderling, a.a.O., zur Rechtsprechung Schweizer Obergerichte zu Art. 142 II ZGB.

wichtigste Aufgabe von Ehe und Familie bestehe darin, möglichst viele Kinder aufzuziehen¹⁷³⁾. Sie betrachteten daher die Ehe der Parteien- und darüber hinaus auch eine vom Kläger möglicherweise angestrebte neue Verbindung - vorwiegend unter diesem bevölkerungspolitischen Gesichtspunkt.

Innerhalb der hier geschilderten Gruppe von Urteilen hat dieser Gesichtspunkt jedoch eine für die Beklagte positive Wirkung. Der Widerspruch hatte Erfolg, wenn keine neue, bevölkerungspolitisch wertvolle Ehe des Klägers in Aussicht war¹⁷⁴⁾. Lakonisch heißt es dann etwa:

173) vgl. etwa aus dem Geleitwort des Reichsministers Frank zum Entwurf der Akademie für Deutsches Recht: "Das wesentliche Interesse der Volksgemeinschaft am Institut der Ehe liegt darin, daß sie die sicherste Grundlage zur Schaffung und Erhaltung einer deutschblütigen, erbgesunden Bevölkerung durch gesunden, volksbewußten Nachwuchs ist;" "im gleichen Sinne Mößner, Entwurf..., S.11; - interessanterweise decken sich hier die nationalsozialistischen Ziele mit denen des Preussischen ALR und denen der heutigen katholischen Kirche; vgl. zu letzterem etwa Portmann, Das unauflösliche Band, S.10: "Das Dekret (des Hl.Offiziums vom 1.4.1944), auf den Prinzipien der Ehemoral und den Bestimmungen des Kirchlichen Gesetzbuches basierend, sagt klar und eindeutig: erster Zweck der Ehe ist das Kind. Die persönliche Ergänzung und gegenseitige Beglückung sind zweitrangig". Gegen diese Auffassung überzeugend Müller-Freienfels, a.a.O., S. 40; hierzu ferner Rolland, a.a.O., S.114; krit. von evangelischer Seite auch Karl Barth, Die kirchliche Dogmatik, 4. Teil, S.210: "Ehe als Lebensgemeinschaft kann also z.B. nicht etwa dem Zweck der Befriedigung der sexuellen Bedürfnisse geltend gemacht... werden.. und vor allem auch nicht dem der Erzeugung und Aufzucht von Kindern..."(S.211) .. "Sie ist aber als Lebensgemeinschaft in keiner Weise durch die Koexistenz des Kindes bedingt."

174) RGZ 159, 111; RG DR 40. 34; RG IV, 223/42 v.17.3. 1943, zit. bei von Scauzoni, a.a.O., S.188.

"Er (der Kläger) vermag nicht darauf hinzuweisen, daß er sich nach Zerrüttung der Ehe dauernd einer anderen Frau zugewandt hatte und diese Beziehungen die Aussicht auf eine wertvolle Verbindung eröffneten"¹⁷⁵⁾. Der Erfolg blieb auch dem Kläger versagt, bei dem der große Altersunterschied zur zweiten Frau, die der Kläger nach der Scheidung heiraten wollte, die Aussicht auf Kindersegen gering erscheinen ließ¹⁷⁶⁾.

Von diesen letztzitierten Ausnahmen abgesehen, verdient jedoch die Judikatur des Reichsgerichts, welche die Beachtlichkeit des Widerspruchs bejaht, volle Zustimmung.

b) Die Verneinung der Beachtlichkeit des Widerspruchs.

Ein ganz anderes Bild ergab sich bei der Betrachtung der Gründe, in denen man den Widerspruch für unbeachtlich erklärte. Die Beachtlichkeit des Widerspruchs wurde verneint, wenn man die Aufrechterhaltung der Ehe für sittlich nicht gerechtfertigt hielt. Wie in den oben erwähnten Fällen bildete der 2. Satz des Absatzes II den gesetzlichen Ausgangspunkt hierfür. Von dem richtigen Verständnis dieses Satzes hänge die rechte Wirkung des ganzen § 55 EheG ab, hieß es ahnungsvoll im Kommentar

175)RG IV, 223/42 bei von Scanzoni, a.a.O.

176)RG IV, 279/40 vom 15.1.1941, zit. bei von Scanzoni, a.a.O., S.186; ferner die bei von Scanzoni, Scheidung ohne Verschulden, S.120, 121 zit. Urteile RG IV 181/40 vom 11.11.1940 (Altersunterschied 26 Jahre) und RG IV 86/41 vom 26.Juli 1941 (Altersunterschied 27 Jahre).

zum Großdeutschen Eherecht¹⁷⁷⁾, insofern gewinne er für die gesamte Ehescheidungsreform entscheidende Bedeutung.

Die Kommentatoren sollten recht behalten, hier in allerdings negativem Sinne. Rein bevölkerungspolitische Gesichtspunkte kennzeichneten die Mehrzahl derjenigen RG-Urteile, welche den Widerspruch des Beklagten für unbeachtlich erklärten, weil die Aufrechterhaltung der Ehe nicht mit dem objektiven Wesen der Ehe zu vereinigen sei. Der Wert der Ehe - und damit ihre Schutzwürdigkeit - bemaß sich letztlich danach, ob aus ihr noch Kinder zu erwarten waren, ob ihre Aufrechterhaltung im Interesse bereits vorhandener Kinder lag und endlich, ob neben der Ehe ein außereheliches Verhältnis des Klägers zu einer anderen Frau bestand - nicht selten die angestrebte zweite Verbindung des Klägers-, aus welcher Kinder zu erwarten waren oder schon existierten¹⁷⁸⁾.

177)§ 55 Bemerkung 4, S.207; ähnlich Doelle,a.a.O.,S.17.

178)vgl.Freisler,a.a.O.,S.149;entscheidend sei, daß "brachliegende Fortpflanzungskräfte" für neue Ehen freiwürden. Wieacker, Privatrechtsgeschichte,S.315 kennzeichnet denn auch das EheG 1938 dahingehend, daß sich hier auf sehr eigentümliche Weise sozial-liberale Forderungen und ein starker Antikonfessionalismus mit dem persönlichen Interesse arrivierter Funktionäre und dem biologischen Interesse an einer reichlichen Population verband;hierzu auch Doelle, Grundsätzliches zum Ehescheidungsrecht,S.9 und S.15: "Mit rücksichtsloser Brutalität wird das persönliche Glücksverlangen des Ehegatten zurückgedrängt, wenn die konkrete Ehe aus biologischen Gründen ihre bevölkerungspolitischen Ziele nicht erreicht" und (S.17): "Die Gerichtspraxis hat, wie mir scheint, aus einer Norm, die ihrem Wortlaut nach in sittlichen Erwägungen verwurzelt sein sollte, eine Maßnahme gemacht, für welche die Ehe fast nur noch als Zweckinstitut im Hinblick auf die Volksgesamtheit erscheint..."

Aus dieser einseitigen und verfehlten Betrachtungsweise heraus¹⁷⁹⁾ erklärten sich dann Entscheidungen des Reichsgerichts, welche eine kinderlose Ehe zu einer wertlosen Bindung stempelten, die nicht verdiente, aufrechterhalten zu werden¹⁸⁰⁾. Dies galt vor allem dann, wenn die Ehe nur kurze Zeit bestanden hatte und die Parteien noch im jugendlichen Alter standen, denn "so kann der Kläger eine neue Ehe schließen... Es ist zu erwarten, daß aus einer neuen Ehe des Klägers Kinder hervorgehen. Daran muß der Volksgemeinschaft ganz besonders gelegen sein"¹⁸¹⁾.

In die Erörterungen über Wert und Unwert einer Ehe wurden in diesem Zusammenhang auch die außerehelichen Beziehungen der Parteien einbezogen. Derartige Beziehungen

179) dagegen Lauterbach, ZAKDR 38, 729, welcher vorschlug, bei der Frage nach der sittlichen Rechtfertigung das Augenmerk auf ideelle Momente, wie z.B. die eheliche Treue, zu richten. Der Widerspruch solle für beachtlich erklärt werden, wenn es sich um grobe Verfehlungen des Klägers handle, die die eheliche Gemeinschaft auflösen; das solle nur dann nicht gelten, wenn durch längeren Zeitablauf die Dinge eine Änderung erfahren hätten; krit. auch Spott, DR 1939, 26.

180) RGZ 160, 15; RG DR 39, 1073, Nr.17; RG IV 286/1938 vom 20.7.1939, zit. bei von Scanzani, a.a.O., S.178; RG IV 267/38 vom 20.Juni 1939, zit. ebenda; RGZ 168, 38; RG IV 199/42 vom 20.1.1953, zit. bei von Scanzoni, a.a.O., S.187; hiergegen Rilk, JW 1939, 270 (273). Eine positive Ausnahme bildet die bei von Scanzoni, a.a.O., S.63 zit. Entscheidung RG IV 256/40, in welcher der Widerspruch der kinderlosen Ehefrau Erfolg hatte, - der Grund war wohl in der langen Dauer der Ehe (29 Jahre) und den großen Leiden der Beklagten während der Ehezeit zu sehen.

181) RG IV 199/42 vom 20.1.1943, zit. bei von Scanzoni, a.a.O., S.187; ferner RG DR 1939, 1074, Nr.18; RG DR 1939, 1572, Nr.4; RG IV 154/39 vom 20.9.1939, zit. bei von Scanzoni, ebenda; Jonas, a.a.O., S. 208.

vornehmlich des Klägers bestanden nicht selten in den zur Entscheidung vorliegenden Fällen, und in nicht wenigen Fällen waren hieraus schon Kinder hervorgegangen. Lagen die Dinge so, dann konnte der Kläger berechnete Hoffnungen hegen, auch gegen den Widerspruch seiner Ehefrau geschieden zu werden. Die sittliche Rechtfertigung für die Nichtbeachtung des Widerspruchs sah die Judikatur im Anliegen der Allgemeinheit, ehebrecherische Verhältnisse in ordnungsgemäße zu überführen, um dadurch "einer gesunden Volkserhaltung abträgliche Schäden zu vermeiden"¹⁸²⁾.

Vom Standpunkt dieser Rechtsprechung aus war es dann durchaus konsequent, wenn gegen den Widerspruch des Beklagten die Ehe geschieden wurde, um die aus dem Konkubinat mit der anderen Frau stammenden unehelichen Kinder zu legitimieren¹⁸³⁾. Auf geradezu verlorenem Posten standen dabei Ehefrauen, die älter waren als der die Scheidung begehrende Kläger. Mag man den Entscheidungen auch darin zustimmen, daß diese Ehen durch den Altersunterschied gefährdet waren, so nieß es doch den Bogen überspannen, wenn der Beklagte als dem älteren Ehegatten gleichsam als Verschulden angerechnet wurde, einen jüngeren Mann geheiratet zu haben. So hieß es in einem Falle, in welchem die Frau sechs

182)RGZ 159, 305 (309); RG DR 39, 1572, Nr. 4; RG IV 15/39 vom 5.6.1939, zit. bei von Scanzoni, a.a.O., S. 175; RG IV 74/39 vom 27.7.1939, ebenda zitiert; RG DR 40, 1362; RG IV 779/39 vom 1.6.1940, zit. bei von Scanzoni, a.a.O., 185.

183)RG IV 27/1939 vom 3.Juli 1939, zit. bei von Scanzoni, a.a.O., S. 176; RG DR 40, 1362.

Jahre älter als der Mann war¹⁸⁴⁾: "Dieses Verhältnis der Lebensalter widerspricht der Regel und ist erfahrungsgemäß besonders geeignet, den Bestand einer Ehe zu gefährden. Wenn die Beklagte den so erheblich jüngeren Mann heiratete, so trägt sie damit zu einem wesentlichen Teil die Verantwortung an der eingetretenen Entwicklung dieser Ehe".

Es zeichnete sich als Tendenz aller dieser Entscheidungen^{184a)} schließlich der Grundsatz ab, den Widerspruch der Beklagten prinzipiell nicht zu beachten. Das Ergebnis dieser Rechtsprechung war damit weitgehend eine Schutzlosigkeit der beklagten Ehefrau.

Zwar regten sich vereinzelt Stimmen in der Literatur, die sich für die Berücksichtigung der schwierigen Situation der alternden Ehefrau einsetzten und vor einer "Verstoßung" warnten¹⁸⁵⁾, doch blieb ihnen im Ergebnis der Erfolg versagt. Einer geringen Zahl von Entscheidungen, die sich der alternden Ehefrau annahmten, stand eine unverhältnismäßig größere gegenüber, die aus den einzelnen oben angeführten Gründen dann doch die Verstoßung guthießen und damit den Widerstreit der Grundsätze "Fort mit zerrütteten Ehen" und "Schutz der schuldlosen, verdienten, gealterten Frau" recht eindeutig zu

184) RG DR 39, 997; ebenso RG IV 154/40 vom 21.11.1940, zit. bei von Scanzoni, Scheidung ohne Verschulden, S.58; ferner RG IV 461/39, IV 72/40, zit. bei von Scanzoni, ebenda.

184a) vgl. Fußnote 180-184

185) zit. bei von Scanzoni, "Eheschutz für gealterte Frauen" in Scheidung ohne Verschulden, S.132; gegen ein zu rigoroses Vorgehen gegen die alternde Frau auch Sihler, a.a.O., S.69 ff.(83) mit allerdings unzulänglichen Abhilfeschlägen: Hat ein Ehegatte eine auf § 55 EheG gestützte Scheidungsklage erhoben und ist die Ehe trotz an sich zulässigem Widerspruch (§ 55 EheG II Satz 1) wegen Unbeachtlichkeit desselben geschieden worden, so wird der Kl. bestraft, wenn er bei gutem Willen seine Ehe für die Volksgemeinschaft hätte wertvoller ge-

S.67

ungunsten der verstoßenen Frau ausfallen ließen.

Eine breitere Auseinandersetzung mit dieser Gruppe bevölkerungspolitisch beeinflusster RG-Urteile zu Absatz II lohnt nicht. Die Nachkriegsrechtsprechung der Oberlandesgerichte, des Obersten Gerichtshofes der Britischen Zone und des Bundesgerichtshofes ist über sie hinweggegangen, ohne daß sich Stimmen der Kritik dagegen fanden.

Mehr Beachtung verdienen dagegen Entscheidungen des Reichsgerichts, welche die Erfolglosigkeit des Widerspruchs des Beklagten aus dessen eigenem Verhalten selbst herleiteten. Hier wurde im Gegensatz zu den obigen Fällen die subjektive Komponente des Satz 2 des Absatz II betont. Der widersprechende Ehegatte setzte sich etwa mit seinem Verhalten selbst in Widerspruch, wenn er auf der einen Seite mit dem Widerspruch die Fortsetzung der Ehe verlangte, auf der anderen aber durch Beschwerden über den Kläger oder Denunziationen bei Behörden zu erkennen gegeben hatte, daß ihm selbst jedes Gemeinschaftsgefühl fehlte¹⁸⁶⁾. Auf der gleichen Ebene lagen Entscheidungen, die den Widerspruch der Beklagten zurückwiesen, weil sie sich während der Trennungszeit gegenüber dem Kläger ausgesprochen gehässig¹⁸⁷⁾ oder lieblos¹⁸⁸⁾ gezeigt hatte oder die Kinder in den Ehestreit hineingezogen¹⁸⁹⁾ oder sogar gegen den Vater aufgehetzt hatte¹⁹⁰⁾. Diese Entscheidungen

zu 185) stalten können und er diese Pflicht grob verletzt hat".

186) vgl. Danielcik, JW 38, 2866.

187) RGZ 162, 193 (195).

188) RG IV 798/39 vom 27. Juni 1940, zit. bei von Scanzoni, a.a.O., S. 185

gen wohnte der nicht unbillige Grundgedanke inne, daß der Beklagte in den bezeichneten Fällen durch eigenes schuldhaftes Verhalten die Möglichkeit verwirkt habe, sich auf das Verschulden des Klägers zu berufen und es gegen diesen zu verwenden. Als Ausfluß des Verbots widersprüchlichen Verhaltens kann auch diejenige RG-Entscheidung gelten, welche den Widerspruch einer beklagten Ehefrau gegen das Scheidungsbegehren zurückwies, weil die Beklagte durch eine Abrede, die den Ehemann von der Treupflicht entband, und durch eine von ihr selbst betriebene Ehescheidung zu erkennen gegeben hatte, daß auch sie den Wert der Ehe nicht sonderlich hoch einschätzte¹⁹¹⁾.

Zusammenfassend läßt sich zur Rechtssituation während des Dritten Reiches folgendes sagen:

Das EheG von 1938 enthielt in seinem § 55 Abs.I einen Scheidungsgrund, welcher, vom Verschulden losgelöst, allein häusliche Trennung und tiefe unheilbare Zerrüttung der Ehe zur Voraussetzung hatte. § 55 EheG war aber keine nationalsozialistische Vorschrift; eine breite Reformbewegung hatte sich nach dem ersten Weltkrieg für die Einführung einer entsprechenden Norm eingesetzt.

Alleiniges oder überwiegendes Verschulden versagte jedoch der Klage den Erfolg, wenn der Beklagte widersprach und der Widerspruch nicht der Einschränkung des Absatz II Satz 2 unterlag. Die falsche, weil vornehmlich von bevölkerungspolitischen Zielen bestimmte Rechtsprechung des RG zu § 55 II verneinte aber in vielen Fällen die Beachtlichkeit des Widerspruchs und diskreditierte damit den Scheidungsgrund überhaupt.

189)RG IV 264/40 vom 9.12.1940, zit. bei v. Scanzoni, a.a.O., S.186.

190)RG IV 212/40 v.14.10.1940 bei v. Scanzoni, a.a.O.S.186.

191)RG IV 40/43 vom 7.4.1943, bei v. Scanzoni, a.a.O., S.188.

Drittes Kapitel

§ 48 Ehegesetz 1946

I. § 48 Ehegesetz 1946 - der frühere § 55 Ehegesetz 1938.

Der Zusammenbruch Deutschlands im Jahre 1945 und die Besetzung durch die Alliierten äußerten ihre Wirkungen auch im deutschen Eherecht. Das Kontrollratsgesetz Nr.16, inkraft seit dem 1.3.1946, löste das bisherige Ehegesetz von 1938 ab. Ein Vergleich beider Gesetze ergibt jedoch, daß die Änderungen durch das neue Gesetz - in der Folge als EheG 1946 bezeichnet - recht gering waren. Im wesentlichen handelte es sich dabei um eine Streichung bisher im EheG 1938 enthaltener typisch nationalsozialistischer Bestimmungen¹⁹²⁾. Die Änderungen konnten sich jedoch in engen Grenzen halten, da das EheG 1938 als Ganzes nicht nationalsozialistischen Charakter trug, sondern vornehmlich den Bestrebungen Rechnung getragen hatte, welche schon vor dem Dritten Reich auf eine Reform des Eherechts gedrängt hatten¹⁹³⁾.

Der weitaus größte Teil des EheG 1938 wurde wörtlich übernommen, unter anderem auch sein § 55, welcher nunmehr als neuer § 48 erschien¹⁹⁴⁾. Seinen bisherigen

192) vgl. hierzu Palandt-Lauterbach, 24.Auflage, EheG 1946, Einleitung 1); Nehlert, JR 1947, 69; Beitzke, DRZ 1946, 136.

193) vgl. Nehlert, a.a.O.; ebenso Rolland, a.a.O., S.61: "Das Scheidungsrecht im Ehegesetz von 1938 muß gegenüber den dargelegten nationalsozialistischen Vorschlägen im Entwurf des NSRB und in der Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht als gemäßigt angesehen werden."

194) die in diesem Kapitel ohne Zusatz zitierten §§ beziehen sich auf das Ehegesetz 1946.

beiden Absätzen wurde ein dritter hinzugefügt, wonach das Scheidungsbegehren abzuweisen war, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe im wohlverstandenen Interesse gemeinschaftlicher Kinder lag. . In diesem Zusatz war zum Unterschied von den sonstigen bloßen Änderungen des neuen Ehegesetzes ein "bemerkenswerter Ansatz zur Weiterbildung des Scheidungsrechts" zu sehen (Beitzke)¹⁹⁵⁾.

Da eine Begründung des neuen Gesetzes nicht gegeben wurde, ließ sich zur Auslegung des § 48 EheG mit Palandt-Lauterbach¹⁹⁶⁾ die neue Rechtslage dahingehend umreißen, daß auch das frühere Schrifttum und die Ergebnisse der Rechtsprechung brauchbar blieben, soweit nicht nationalsozialistische Lehren unmittelbar oder mittelbar vertreten wurden.

Dennoch betraf eine der ersten Fragen, die der Oberste Gerichtshof der Britischen Zone und nach ihm der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit den Revisionen aus § 48 zu prüfen hatten, die Existenz der Norm selbst. War jene, weil mit den Grundsätzen des Rechtsstaates vereinbar, noch anwendbar oder mußte sie trotz Anerkennung durch das EheG 1946 als Ausfluß nationalsozialistischer Ideologie als unvereinbar mit rechtsstaatlichen Grundsätzen betrachtet werden?

Bereits im 1. Band der Amtlichen Sammlung nahm der BGH zu diesem Problem Stellung¹⁹⁷⁾. In der fraglichen

195) a.a.O., S. 137; zum § 48 Abs. III vgl. den Abschnitt IV dieses Kapitels.

196) a.a.O.

197) BGHZ 1, 89.

Entscheidung hatte sich die Revision grundsätzlich gegen eine Anwendung des § 48 gewandt. Sie wandte ein, diese Gesetzesbestimmung verdanke nicht nur ihren Ursprung nationalsozialistischen Gedankengängen, sondern sei ihrem ganzen Inhalt nach typisch nationalsozialistisch und könne nicht oder doch nur schwer in einer den geänderten Verhältnissen entsprechenden Weise ausgelegt und angewendet werden.

Zu Recht hat sich der BGH gegen diese Auffassung ausgesprochen. Zutreffend, wenn auch äußerst knapp, wies er auf gesetzgeberische Überlegungen vor 1933 hin, welche, inspiriert durch die skandinavischen Gesetzgebungen, bereits vor der Einführung des damaligen § 55 EheG eine längere Heimtrennung in Verbindung mit einer tiefgreifenden Ehezerüttung als Scheidungsgrund erwogen hatten. Die ersten beiden Kapitel der Arbeit haben gezeigt, daß insbesondere in der Zeit der Weimarer Republik derartige Bestrebungen bestanden und daß nur die Ungunst der politischen Verhältnisse die Einführung eines entsprechenden Scheidungsgrundes nicht zuließ¹⁹⁸⁾. Auf die gesamte umfangreiche Reformliteratur hierzu konnte aber der nationalsozialistische Gesetzgeber zurückgreifen, als er daran ging, ein neues Ehegesetz zu erlassen¹⁹⁹⁾.

198) vgl. auch den vom BGH, a.a.O. zit. Aufsatz von Bruns, SJZ 1947, 651.

199) hierzu Schell, § 48 EheG 46 im Lichte allgemeiner Rechtslehren und deren Anwendung im Vertragsrecht, S.6 unter Hinweis auf Dölles Auffassung, wonach § 55 EheG 38 "nicht eine Erfindung des Nationalsozialismus war", und es nur darauf ankam, daß die Praxis "aus ihm etwas Gutes mache", daß sie "das Wesen der Ehe richtig würdige und dem Appell an die Sittlichkeit folge, denn diese Bestimmung habe nichts Anstößiges"; ebenso Linser, a.a.O., S.174: "Hieraus kann man den Schluß ziehen, daß die Grundhaltung der neuen deutschen Ehegesetze letzten Endes nicht Ausfluß zeitbedingter politischer Doktrinen ist, sondern daß sie fest verankert ist in der gesamten kulturellen Entwicklung des deutschen Volkes."

Dadurch, daß nun auch ein von der blossen Zerrüttung der Ehe gekennzeichneter Scheidungsgrund ins Ehegesetz 1938 eingefügt wurde (§ 55 EheG 1938), wurde dieser noch nicht zur nationalsozialistischen Norm- es sei denn, man betrachte jedes Gesetz, das während des Dritten Reiches geschaffen wurde, als Ausfluß nationalsozialistischen Denkens. Selbst die Alliierten jedoch nahmen eine Weitergeltung des bisherigen deutschen Rechtes an und verboten nur seine Auslegung und Anwendung nach nationalsozialistischen Methoden (Art. III MRG Nr.1)²⁰⁰⁾.

Entscheidend ist - mit dem BGH - nicht, daß das Ehegesetz 38 damals auch ein Mittel bildete, bevölkerungs- und rassenpolitische Ziele durchzusetzen, sondern, wie die Norm heute zu handhaben ist, ob sie unter Ausschaltung dieser Ziele noch zu vernünftigen, brauchbaren und sittlich zu rechtfertigenden Ergebnissen führen kann²⁰¹⁾. Der BGH bejaht dies bei solchen zerrütteten Ehen ohneweiteres, welche ohne ein Verschulden des Klägers gescheitert sind, schließt diese Möglichkeit im gegenteiligen Fall aber auch nicht aus. Aufgrund einer sorgfältigen Wertung des Einzelfalles müsse der Richter das Verhalten beider Ehegatten besonders unter dem Gesichtspunkt der ehelichen Treuepflicht beleuchten und die Ehe scheiden, sofern er zum Schluß gelange, trotz Verschulden des Klägers sei dies gerechtfertigt²⁰²⁾.

200)Beitzke, Anm. zum Urteil des KG, SJZ 1948, 263.

201)KG SJZ 48, 263, mit zustimmender Anmerkung von Beitzke, ebenda; vgl. auch Guggemos, NJW 1947/48, S.388:"Nur wenige Richter besinnen sich wie ehemals auf das Wesentliche und versuchen demgemäß in geeigneten Fällen nachzuweisen, daß das während der Nazizeit erlassene Gesetz oder die während derselben ergangene richterliche Entscheidung trotz der nationalsozialistischen Phraseologie der tatsächlichen Entwicklung der Dinge gefolgt, somit als Er-

II. Die Auslegung des § 48 Absatz 1 EheG.

Ein Vergleich der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu den Tatbestandsmerkmalen "tiefgreifende unheilbare Zerrüttung" und "Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft" mit der entsprechenden des Bundesgerichtshofes zeigt eine weitgehende Übereinstimmung beider Obergerichte zu diesen Fragen. Der Bundesgerichtshof hat hier die Auffassung des Reichsgerichts bestätigt, in einigen Fällen dessen Rechtsprechung auch weiter entwickelt.

1. Die Zerrüttung der Ehe

So setzt der Bundesgerichtshof die Judikatur des Reichsgerichts fort, wenn er unter Berufung auf RGZ 165, 149 die Zerrüttung der Ehe von äußeren Momenten her verstanden wissen will²⁰³⁾.

Weder die subjektive Auffassung der Beklagten, die Ehe sei noch nicht zerrüttet, da sie, die Beklagte, noch immer an ihr festhalte, noch ein mögliches Verschulden des Klägers an der Zerrüttung interessieren hier. Ist das Gericht einmal zur Überzeugung gelangt, der Kläger finde unter keinen Umständen zur Beklagten zurück, womit die Ehe (einseitig) zerrüttet sei, so ist eben bereits eine der Voraussetzungen des § 48 I erfüllt²⁰⁴⁾.

zu 201)gebnis einer normalen Rechtsentwicklung, die es ja auch während der Nazizeit gegeben hat, anzusehen und daher weiterhin anwendbar und brauchbar ist."

202)vgl. die eingehende Begründung in BGHZ 1, 87;

203)BGHZ 1, 93.

204)BGHZ 4, 191; KG (Ost), NJ 1952, 236; ebenso Bruns, a.a.O., Sp. 653.

Unbillig ist diese Art und Weise der Argumentation deshalb nicht, weil die inneren Vorgänge, vornehmlich also ein Verschulden des Klägers, ihre Berücksichtigung im Rahmen der Erörterung des Widerspruchs des Beklagten finden. Absatz II aber bleibt von diesen Überlegungen frei; hier interessiert nur, was sich objektiv, sichtbar als Zerrüttung qualifizieren läßt.

Soll hierfür also auch die einseitige Zerrüttung genügen, so birgt dies allerdings eine nicht unerhebliche Gefahr in sich: Viele Kläger werden, um nur von der Beklagten loszukommen, eine derartige Zerrüttung behaupten. Sie werden im wesentlichen nur vortragen, sie hätten die eheliche Gesinnung verloren. Der BGH weist deshalb, wie vor ihm das RG, die Untergerichte an, ihre Urteile müßten erkennen lassen, aufgrund welcher Tatsachen und Erwägungen jene zur Beurteilung des ehelichen Verhältnisses und damit zur unheilbaren Zerrüttung gelangt seien²⁰⁵⁾.

2. Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft.

Für das Merkmal "Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft" gilt zunächst das gleiche, wie für das Moment der Zerrüttung. Wie vor ihnen das RG verstehen BGH und Oberlandesgerichte die Heimtrennung objektiv; ihre Auslegung unterscheidet sich daher auch kaum von derjenigen des Reichsgerichtes²⁰⁶⁾.

205) BGH LM Nr. 8 zu § 48 I.

206) vgl. etwa KG(Ost), NJ 52, 414; OLG Celle, MDR 1958, 164. Für den Fall, daß die Eheleute noch in der gleichen Wohnung leben, ist tatsächliche Trennung nur gegeben, wenn kein gemeinschaftlicher Haushalt geführt wird, vgl. OLG Schleswig, FamRZ 1957, 421.

Bei einer Gruppe von Ehen betraten die Gerichte der Nachkriegszeit Neuland: Es handelte sich um Ehen, bei denen infolge der Wirren der Kriegs- und Nachkriegszeit eine der Parteien in der sowjetischen Besatzungszone oder in den polnisch oder russisch besetzten Gebieten verblieben war, während die andere - meistens war es der Ehemann - nach Westdeutschland übergesiedelt war. Von dort erhob sich nach dem Ablauf einiger Jahre Scheidungsklage aus § 48 EheG gegen den im Ostgebiet verbliebenen Partner.

Die erste Frage in diesen Fällen lautete zunächst, ob überhaupt von einer Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gesprochen werden konnte. (Eine andere, hier noch nicht interessierende Frage ging dahin, ob das Verbleiben in den Ostgebieten als Verschulden angesehen werden konnte). Eindeutig ließ sich die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft in denjenigen Fällen bejahen, in denen etwa der Kläger im Westen wohnte und die in der SBZ lebende Beklagte seinen Bitten, zu ihm zu kommen, nicht entsprach, obwohl dies nach den damaligen Verhältnissen durchaus möglich war²⁰⁷⁾.

Nicht immer aber fanden die Gerichte derart eindeutig gelagerte Fälle vor, nicht selten wollte die zurückgebliebene Ehefrau zum Kläger kommen, konnte dies aber aus politischen Gründen nicht. Lag hier eine Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft vor? Bundesgerichtshof und Oberlandesgerichte verneinten dies, indem sie auf ähnlich gelagerte Fälle aus der Zeit der Reichsgerichtsrechtsprechung verwiesen.

207) OLG Celle, FamRE 1954, 141 (144).

Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft sei zwar ein äußerer Tatbestand, zugleich aber auch eine willensbedingte Handlung. Entscheidend sei, daß der Hausstand freiwillig aufgelöst werden müsse, was man früher schon bei Kriegsdienst und - gefangenschaft verneint hatte²⁰⁸⁾.

An diesem fehlenden Aufhebungswillen des Ehepartners ließ man in den Fällen der Ost-West-Trennung die Scheidungsbegehren häufig scheitern. Hierzu zählten die Oberlandesgerichte auch Fälle, in denen der Kläger gar keinen Aufhebungswillen äußern konnte, weil er sich im Irrtum über die Situation der Beklagten befunden hatte, etwa in den Fällen, in denen er annahm, die Ehefrau sei tot oder unauffindbar verschleppt worden. Dann konnte er auch keinen Willen haben, einen vermeintlich nicht mehr existenten Haushalt aufzulösen, meinten die Oberlandesgerichte²⁰⁹⁾.

Einige Kläger brachten vor, nicht erst nach ihrer Rückkehr nach Deutschland, sondern schon in der Zeit ihrer Kriegsgefangenschaft hätten sie die häusliche Gemeinschaft aufgehoben. Die Gerichte zogen jedoch auch hier den Aufhebungswillen als entscheidendes Kriterium und zugleich als Regulativ heran: Auch ein Kriegsgefangener müsse zu erkennen geben, daß er die Familienwohnung,

208) vgl. BGHZ 4, 279 unter Verweisung auf die RG-Rechtsprechung, welche allerdings stärker differenzierte als der BGH; ebenso Hans. OLG Hamburg, MDR 1956, 358; OLG Köln, FamRZ 1954, 141 (mit ablehnender Anmerkung von Bosch); neuerdings BGHZ 38, 266 (268); Vogel in Soergel-Siebert, § 48 Anm. 3-6 mit Zitaten; Gernhuber, a.a.O., § 27, IV, 2.

209) so die Oberlandesgerichte Braunschweig, MDR 1954, 295 und Schleswig, FamRZ 1955, 174 und FamRZ 1957, 421; das zweite Urteil des OLG Schleswig mit dogmatisch nicht sauberer Begründung. Es heißt dort: "Zur Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft i. S. des § 48 EheG ist daher erforderlich, daß der Wille zugleich auch auf die Aufhebung der ehelichen Gemein-

in die er sonst nach Rückkehr aus der Kriegsgefangenschaft zurückkehren würde, nicht mehr als Mittelpunkt der ehelichen Lebensverhältnisse ansehe. Unmißverständlich müsse dies zum Ausdruck kommen, was man bei einer bloßen Einstellung des Briefwechsels nicht sagen könne²¹⁰⁾.

Die Tendenz dieser Entscheidung ist, daß in allen infragestehenden, durch die Zwangssituation des Krieges gekennzeichneten Ausnahmefällen nicht von normalen Formen der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft ausgegangen werden könne. Es müssen hier vielmehr weitere Voraussetzungen vorliegen. Der Aufhebungswille dient dazu, unbillige Ergebnisse zu vermeiden^{210a)}. Ähnliche Zwangssituationen hatte die Judikatur auch in den Fällen der Inhaftierung eines Ehegatten gesehen, wo hinsichtlich des fehlenden Aufhebungswillens das gleiche galt²¹¹⁾.

zu 209)schaft überhaupt gerichtet ist". Hier werden die beiden tatbestandlichen Voraussetzungen unzulässigerweise miteinander vermengt, wenn man das Vorliegen eines sie verknüpfenden Bandes fordert.

210)BGH LM Nr.7 zu § 48 I; OLG Celle, FamRZ 1957, 419 (420); OLG Stuttgart, FamRZ 1956, 239.

210a)Gernhuber zufolge (§ 27, IV, 2) muß heute fast allgemein im Begriff der "Aufhebung" ein begrenzendes subjektives Element mitgedacht werden.

211)OLG Hamburg, NJW 1954, 1769; ebenso OLG München, MDR 1958, 920 für den Fall verschuldeter Strafhafteit.

III. Die Auslegung des § 48 Absatz 2 EheG.

Die Betrachtung der RG-Rechtsprechung zum damaligen § 55 EheG hat gezeigt, daß nicht dessen erster Absatz, sondern der den Widerspruch des beklagten Ehegatten behandelnde zweite Absatz den eigentlichen Schwerpunkt dieses Scheidungsgrundes bildete. "Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft" und "Zerrüttung der ehelichen Lebensgemeinschaft" sind relativ leicht feststellbar. Erst die beim Widerspruch des Beklagten zu erörternden Fragen schafften die Problematik der Norm. Je nachdem, wie die Rechtsprechung dem Widerspruch zum Erfolg verhilft, befindet sie damit zugleich über die Praktikabilität der Gesamtvorschrift²¹²⁾.

Die nun folgende Betrachtung gilt der Frage, ob die Gerichte der Nachkriegszeit die bisherige Reichsgerichtsrechtsprechung fortsetzten wie im Fall des § 48 Abs.1 oder ob sich eine Neuorientierung feststellen läßt.

Nach dem Jahre 1945 bildeten in Westdeutschland zunächst die Oberlandesgerichte die höchsten Instanzen in Ehesachen. Ihre Rechtsprechung zum Widerspruch nach § 48 II EheG ist vornehmlich als eine Reaktion auf Fehlentscheidungen des RG zu verstehen. Nunmehr nämlich schlägt das Pendel nach der anderen Seite aus; war vordem die Nichtbeachtung des Widerspruchs die Regel, so ist es jetzt seine Beachtlichkeit. Der zulässige Widerspruch ist in der Regel auch beachtlich, es sei denn, besondere Umstände sprächen für die Scheidung²¹³⁾.

212) Doelle, Grundsätzliches zum Ehescheidungsrecht, S.17: "Es ist von vornherein klar, daß der Wert oder Unwert der Bestimmung im wesentlichen von der Behandlung des Widerspruches der beklagten Partei abhängt".

213) Ähnlich argumentierten in diesen Jahren auch die obersten österreichischen Gerichte (Nachweis bei Müller-Freienfels, a.a.O., S.153 A.6 mit Zitaten).

Alle jene oberlandesgerichtlichen Entscheidungen durchzieht dabei der Gedanke, es sei sittlich nicht zu rechtfertigen, daß bei Verschulden des Klägers die Ehe geschieden werde²¹⁴⁾.

Diese Auffassung blieb im Schrifttum und in der Rechtsprechung nicht ohne Kritik. Bruns²¹⁵⁾ hielt den Satz, der Widerspruch habe "grundsätzlich" die Aufrechterhaltung der Ehe zur Folge, dort am bedenklichsten, wo nicht alleiniges, sondern nur überwiegendes Verschulden des Klägers festgestellt werde. Die Fehlerquellen des Schuldspruches seien zu groß, als daß man ihm gegen das Gewicht des objektiven Befundes (der völligen Zerrüttung der Ehe) eine entscheidende Bedeutung beimessen sollte. Der Autor lehnt die grundsätzliche Beachtung des Widerspruches ab und fordert statt dessen, daß die einzelne Ehe, die das Gericht zu beurteilen hat, gerecht und individuell gewürdigt werde.

Auch das OLG Freiburg²¹⁶⁾ warnte davor, in das gegenteilige Extrem zu verfallen und die Beachtung des Widerspruches als Regel hinzustellen. Die unveränderte Übernahme der Vorschrift durch den Kontrollrat spreche gegen die Annahme eines grundsätzlichen Bedeutungswandels im Sinne einer praktischen Beschränkung der Scheidungsmöglichkeit nur auf die seltenen Fälle beiderseits nicht verschuldeter Zerrüttung. Insbesondere ein Argument

214) OLG Hamburg v.15.2.1946, SJZ 1946, S.93; OLG Stuttgart v.29.5.1946, ebenda; OLG Frankfurt v.9.9.1946, SJZ 1946, 225; OLG Celle v.12.9.1946, DRZ 1946, S.91; OLG München v.26.11.1946, SJZ 1947, 89; weitere Rechtsprechungsnachweise aus den Jahren 1947 bis 1949 bei Müller-Freienfels, a.a.O., S.153, A.5.

215) SJZ 1947, Sp. 655 ff.

216) DRZ 1947, 339.

hebt sich aus den Entscheidungsgründen heraus, dessen Richtigkeit heute - 17 Jahre nach diesem Urteil - durch die Rechtsentwicklung bestätigt zu sein scheint: Die Beachtung des Widerspruchs als Regel würde der Vorschrift des § 48, die einer der Kernpunkte der Reform des Eherechts war, zum größten Teil ihre praktische Bedeutung nehmen. Die gleiche Auffassung vertrat der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone²¹⁷⁾, wenn er sich gegen die extremen Auffassungen des Reichsgerichts auf der einen und der Oberlandesgerichte auf der anderen Seite wendet.

Nach der von ihm vertretenen "Gleichgewichtstheorie"²¹⁸⁾ oder "Mittelmeinung"²¹⁹⁾, die im Schrifttum Zustimmung fand²²⁰⁾, "ist vom Standpunkt der sittlichen Wertung aus weder der Satz aufzustellen, daß die Zerrüttung in der Regel trotz Verschuldens des klagenden Gatten zur Scheidung zwingt, noch umgekehrt der Satz, daß die Schuld des klagenden Gatten bei Widerspruch des Beklagten in der Regel trotz der Zerrüttung der Ehe das Scheidungsbegehren unbegründet mache. Vielmehr ist ohne solche Einschränkungen allein vom Standpunkt sittlicher Wertung aus im Einzelfalle unter Abwägung aller für und wider sprechenden Umstände zu entscheiden, ob schon der Zerrüttungstatbestand die Ehe trotz der Schuld des Klägers als sittlich nicht mehr tragbar erscheinen läßt

217) OGH Z 1,16; 1,30.

218) Dölle, DRZ 1948, 439.

219) Müller-Freienfels, a.a.O., S.155.

220) grundsätzlich zustimmend Krille, Anm.zu OGH NJW 1947/48, 472; ferner Dölle, DRZ 1948, 439: "...Die vorliegenden Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone haben nun sich von der einen wie der anderen Auffassung abkehrend - das bisher behauptete angebliche Verhältnis von Regel und Ausnahme zwischen den drei Sätzen des § 48 Abs.1 und 2 EheG geleugnet und ihnen statt dessen ein Gleichgewicht vindiziert, das es erlaubt, der Individualität jedes einzelnen Falles einer zerrütteten Ehe uneingeschränkt gerecht zu werden".

oder ob es darüber hinaus noch besonderer Umstände bedarf, um dem schuldigen Gatten das Recht auf Scheidung zuzuerkennen".

Bewußt nimmt der OGH dabei die Nachteile seiner Rechtsprechung in Kauf. Er verkennt nicht, daß die Grundsatzrechtsprechung des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte zu einheitlicherer Rechtsanwendung führt. Die Praxis letzterer aber liefe Gefahr, die Frage der sittlichen Tragbarkeit einer Ehe dadurch zu verfälschen, daß Regeln aufgestellt würden, "die von außen an dieses Merkmal herangetragen würden". Nicht auf die Anwendung schematischer, wenngleich vereinheitlichender Grundsätze kommt es dem OGH an, sondern, losgelöst von allen starren Anwendungsregeln, auf die Verwirklichung der Gerechtigkeit, auf die billige Entscheidung im einzelnen zur Beurteilung vorliegenden Ehescheidungsfälle.

An die Stelle des OGH trat der Bundesgerichtshof, und bereits in einer seiner ersten Entscheidungen nahm er zur Auslegung des Absatz 2 des § 48 EheG Stellung²²¹⁾. Wie der OGH verzichtete er darauf, zu Absatz 2 Fallgruppen zu bilden. Es ließen sich keine Grundsätze aufstellen, nach denen sich an bestimmte Umstände immer entsprechende Folgerungen knüpfen müßten, alle Umstände der konkreten Ehe seien entscheidend.

221)BGH LM Nr.1 zu § 48 II mit Anm.von Raske=BGH Z 1,87.

Mit diesem allgemeinen Hinweis begnügte sich der BGH jedoch nicht. Über die Rechtsprechung des OGH hinausgehend, arbeitete er einige Anhaltspunkte heraus, die von nun an bei der Prüfung der Beachtlichkeit des Widerspruchs eine wesentliche Rolle spielten. Gleichsam als eine Art Faustformel für die Untergerichte²²²⁾ ist der Hinweis zu verstehen, die Ehe daraufhin zu untersuchen, ob und in welchem Maße sie vor ihrer Zerrüttung zu einer Lebensgemeinschaft geworden sei und welche Umstände den Schuldigen zum Klagbegehren veranlaßt hätten²²³⁾. Damit wird der Widerspruch umso beachtlicher, je mehr die gegenseitigen Beziehungen und Interessen an Tiefe gewonnen hätten, die Bindungen der Ehegatten aneinander stärker geworden seien, aber auch, je schwerer das Verschulden des Klägers wiege²²⁴⁾.

222) nach Habscheid, MDR 1953, 339 drückt sich hierin das Bemühen des BGH aus, die durch die Aufgabe jeder Grundsatzrechtsprechung gestörte Rechtsordnung wieder zu festigen.

223) BGHZ 1, 92.

224) zu Unrecht werfen Wolf-Lücke-Hax, a.a.O., S. 300, A 206, dem BGH wegen dieser Rechtsprechung Inkonsistenz vor. Ihnen zufolge meine der BGH auf der einen Seite, die Aufrechterhaltung der Ehe sei sittlich gerechtfertigt, solange ein Ehegatte in innerer echter Bindung die Scheidung ablehne. Auf der anderen Seite erkenne er an, daß schon der einseitige Verlust der ehelichen Gesinnung die Zerrüttung begründen könne. Diese Rechtsprechung könne nicht aufgehen.

Die Verfasser irren sich: Auch sie räumen ein, daß eine Zerrüttung schon bei einseitiger Abkehr vorliegen könne (a.a.O., S. 205). Trotz der Zerrüttung läßt der BGH jedoch den Widerspruch durchgreifen, wenn die nunmehr zerrüttete Ehe vorher bereits einen gewissen Wert gewonnen hatte, welcher es rechtfertigt, die jetzt inhaltlos gewordene Ehe aufrecht zu erhalten. Man versagt es den Parteien gleichsam, den Rahmen fortzuwerfen, wenn dieser einmal ein Bild von gewissem Wert eingezeichnete.

Die nachfolgenden obergerichtlichen Entscheidungen orientierten sich an diesen Beurteilungs-Gesichtspunkten und gaben somit der Rechtsprechung zu § 48 Abs.2 klare Konturen. Immer weniger neigten die Gerichte nun dazu, dem Widerspruch des beklagten Ehegatten den Erfolg zu versagen, wenn die Ehe vor der Zerrüttung lange Zeit bestanden hatte und zu einer wirklichen Lebensgemeinschaft geworden war²²⁵⁾. Hatte eine Ehe einmal eine längere Zeit bestanden und harmonierten beide Ehegatten miteinander, so war etwas Wertvolles entstanden, das der Ehe einen sittlichen Wert verlieh und ihrer Aufrechterhaltung den Vorrang vor der Berücksichtigung der Zerrüttung gab²²⁶⁾. Durchaus folgerichtig versagte der BGH dann auch dem Widerspruch die Beachtlichkeit, wenn die Ehe noch keine echte Lebensgemeinschaft geworden war, wenn sie zum Beispiel, nach flüchtiger Urlaubsbekannntschaft geschlossen, noch zu keinem ehelichen Hausstand geführt hatte²²⁷⁾.

Liegen jedoch die oben zitierten Fälle vor, in denen die Zerrüttung erst einsetzte, als die Ehe bereits einen sittlichen Wert gewonnen hatte, dann schiebt dieser Gesichtspunkt sogar solche beiseite, die noch zu Zeiten des Reichsgerichts scheidungsfördernde Wirkung hatten, wie etwa das höhere Alter der Ehefrau²²⁸⁾ oder

225) vgl. etwa BGH Z 1,358 (20jährige störungsfreie Ehe, in welcher vier Kinder geboren wurden); BGH Z 2,71 (zwar keine lange Ehedauer, aber langjähriges vor-eheliches Verhältnis und gegenseitige Achtung und innere Zuneigung in der Ehe); BGH Z 2, 104; BGH LM Nr.16 zu § 48 II=BGH Z 8,119; BGH Z 18,13 (17).

226) krit. hierzu aber Rolland, a.a.O., S.70: "Die gemeinsame Entwicklung aufgrund des früheren Zusammenlebens, die der BGH als einen "Bestand an persönlichen und sittlichen Werten" bezeichnet, kann das Fehlen jeder inneren Beziehung der Ehegatten zueinander nicht völlig ausgleichen..."

der Wunsch, die Ehe-

bruchskinder durch eine Heirat mit der Ehebrecherin zu legitimieren²²⁹⁾. Bestand die Ehe lange Zeit ungetrübt, dann spielt auch ein größerer Altersunterschied - in einem vom BGH entschiedenen Falle waren es 11 Jahre zu Ungunsten der Frau²³⁰⁾ - nur eine untergeordnete Rolle.

Nicht nur langjährige harmonische Ehedauer führte zum Erfolg des Widerspruchs, es konnte dies auch, wie bereits erwähnt, das Maß des klägerischen Verschuldens an der Zerrüttung sein. Zustimmung verdient etwa ein Urteil, ²³¹⁾ das den Ehemann, der durch Ehebruch und fortbauern- de ehebrecherische Beziehungen die noch an der Ehe festhaltende Ehefrau verstoßen wollte, um eine andere Frau zu heiraten, mit der Klage abwies. Für den BGH war hier das hohe Maß der klägerischen Schuld an der Zerrüttung ausschlaggebend, ein Standpunkt, den vor dem BGH bereits der OGH BrZ vertrat²³²⁾.

227)BGH LM Nr.8 zu § 48 II; krit.hierzu Habscheid,MDR 53,339: Die junge Ehe verdiene den gleichen Schutz wie die alte, sonst gebe man den Weg zu Probeehen frei.

228)vgl. BGH LM Nr.6 zu § 48 I, Nr.14 zu § 48 II; abweichend OLG Frankfurt, NJW 1953, 911 mit ablehnender Anmerkung von Schneider, a.a.O.

229)BGH LM Nr.26 zu § 48 II = BGH Z 18, 13; OLG Saarbrücken, SJZ 1952, 45;

230)BGH LM Nr.14 zu § 48 II; vgl. auch BGH LM Nr.19 zu § 48 II (hier war die Beklagte acht Jahre älter. Diesem Umstande wurde jedoch keine Bedeutung beigemessen, da die Ehe in diesem Falle ohnehin nur Geschlechts- und Versorgungsgemeinschaft gewesen war); zu den Fragen des Altersunterschiedes krit.Schneider, NJW 1953, 284.

231)BGH LM Nr.12 zu § 48 II; ebenso BGH LM Nr. 8 zu § 48 I.

232)OGH Z 1, 24.

Kam der BGH in manchen Fragen auch zu gleichen Ergebnissen wie vor ihm das Reichsgericht²³³⁾, so treten diese Gemeinsamkeiten jedoch seit 1953/54 hinter der sich immer stärker abzeichnenden gegenläufigen Entwicklung zurück, der wachsenden Scheidungsfeindlichkeit des BGH. Lersch, ehemals Vorsitzender des für Ehescheidungen zuständigen vierten BGH-Senats, berichtet schon 1953, daß von 39 beim BGH anhängigen Revisionen aus § 48 nur in vier Fällen die Scheidungsurteile der Oberlandesgerichte bestätigt wurden²³⁴⁾. Die scheidungsfeindlichen Urteile des 4. Senates deckten sich dabei mit gleichgelagerten Bestrebungen der Exekutive.

Sie entsprechen in ihrer Tendenz dem § 1571 des Entwurfes I der Bundesregierung vom Jahre 1952²³⁵⁾. Die den Widerspruch behandelnde Bestimmung war dort so formuliert worden, daß seine Beachtlichkeit die Ausnahme bildete. Die Nichtbeachtlichkeit des Widerspruchs hatte von vornherein zur Voraussetzung, daß der widersprechende Ehegatte die Zerrüttung mitverschuldet hatte. Der zweite Absatz des § 1571 lautete:

233) der Widerspruch der beklagten Partei war desto eher zu beachten, je größere Opfer von ihr in der Ehe gebracht worden waren, vgl. hierzu Schneider, NJW 1953, 283.

234) NJW 1953, 291.

235) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Anl. zu den Stenogr. Berichten, 20. Teil, Drucks. Nr. 3802 vom 23.10.52.

"Ist die Zerrüttung allein oder überwiegend durch das schuldhafte Verhalten eines Ehegatten verursacht, so kann der andere Ehegatte der Scheidung widersprechen. Hat dieser die Zerrüttung mitverschuldet, so ist der Widerspruch nicht zu beachten, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist."

In der amtlichen Begründung hierzu heißt es²³⁶⁾, die bisherige Regelung des § 48 EheG möge wohl den bevölkerungspolitischen Tendenzen des nationalsozialistischen Staates entsprochen haben, dem heutigen Rechtsdenken widerspreche sie jedoch. Eine Prüfung, ob im Einzelfalle die Aufrechterhaltung der Ehe sittlich gerechtfertigt sei, könne daher nur dann erfolgen, wenn auch den Beklagten ein Verschulden an der Zerrüttung der Ehe treffe oder wenn die Ehe nicht überwiegend durch das schuldhafte Verhalten eines der Ehegatten zerrüttet worden sei.

Diese Begründung war unergiebig und fehlerhaft zugleich. Falsch war sie, weil § 48 keine nationalsozialistische Vorschrift bildete, sondern, wie die bisherigen Betrachtungen ergeben haben, auf Reformbestrebungen aus der Zeit vor 1933 zurückging. Dies war auch die Auffassung des Bundesrates, welcher dem Regierungsentwurf nicht zustimmte, sondern sich für die Beibehaltung der bisherigen Regelung aussprach.

236) a.a.O., S.68.

Diese habe sich bewährt, heißt es in seinen Änderungs-
vorschlägen²³⁷⁾, vor allem handle es sich nicht um
nationalsozialistisches Gedankengut, wie bereits der
BGH festgestellt habe. Aus dem Entwurf lasse sich auch
nicht klar entnehmen, warum die Neureglung sittlicher
sei als der bisherige Rechtszustand und unserem Rechts-
denken mehr entspreche.

Die Bundesregierung trat der Auffassung des Bundes-
rates zwar entgegen²³⁸⁾, verwirklicht wurde die ge-
plante Neuregelung jedoch nicht. Die Bundesregierung
nahm von ihr Abstand, weil, wie es der Abgeordnete
Weber (CDU) ausdrückte²³⁹⁾, die Frage der Reform des
Scheidungsrechtes weder wissenschaftlich noch in der
Öffentlichkeit hinreichend erörtert und geklärt sei²⁴⁰⁾.

Spätestens in den Jahren 1954/55 hat dann aber der
BGH die endgültige Wendung vollzogen. Er kehrte bei
der Behandlung des Widerspruchs wieder zum Regel-
Ausnahme-Prinzip zurück. Wie zu Zeiten der oberlandes-
gerichtlichen Rechtsprechung nach 1945 ist für ihn
die Unbeachtlichkeit des Widerspruchs die Regel. Be-
gründet wird dies mit der These, die Ehe sei grund-
sätzlich unlöslich, die Parteien hätten grundsätzlich
in der Ehe zu bleiben.

237) a.a.O., Anl.A, Änderungs-Vorschläge des Bundes-
rates, S.4 ff.

238) Stellungnahme der Bundesregierung zu den Ände-
rungsvorschlägen des Bundesrates, zu Nr. 20,
S. 18.

239) vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages,
Stenogr. Berichte der 239.Sitzung vom 27.11.1952,
Band 13, S.11056; ferner Hoffmann, NJW 1953,
127 (128).

240) Weber, a.a.O.

In der wichtigen Entscheidung BGH Z 18, 17 heißt es unter anderem:

"Die Ehe besteht ihrem sittlichen Wesen nach, wie es auch das geltende Eherecht trotz der von ihm vorgesehenen Scheidungsmöglichkeiten zugrundelegt, in der Begründung und fortwährenden Verwirklichung einer bis zum Tode eines der Ehegatten fortdauernden und zur Familiengemeinschaft sich entwickelnden Lebensgemeinschaft der Ehegatten ... Nach diesem ihrem Wesensbild ist die Ehe grundsätzlich unlöslich".

Von dieser Grundhaltung aus war es dann nur folgerichtig, wenn der BGH alle scheidungsfeindlichen Möglichkeiten ergriff, um im Rahmen des § 48 dem Widerspruch des beklagten Ehegatten grundsätzlich zum Durchbruch zu verhelfen. Nur in zwei Fällen sollte jener unbeachtlich sein²⁴¹⁾:

- " 1. Wenn das eheliche Zusammenleben von Anfang an durch objektiv von dem sittlich zu verantwortenden Willen der Ehegatten unabhängige Mängel so stark belastet und behindert war, daß die Entwicklung der Ehe zu einer echten und erfüllten Lebensgemeinschaft und damit die Erfüllung des Eheversprechens, insbesondere die Bewährung der ehelichen Gesinnung, von den Ehegatten auch bei aller zumutbaren Anstrengung ihrer sittlichen Kräfte nicht erwartet werden konnte"²⁴²⁾,
-

241)BGH Z 18, 13 (19/20).

- " 2. Wenn festzustellen ist, daß auch bei dem widersprechenden Ehegatten eine echte innere Bindung an die Ehe und eine echte Bereitschaft, diese fortzusetzen, nicht vorhanden ist, der Widerspruch also von ihm nicht zur Verteidigung seiner in der Ehe verwurzelten persönlichen Würde, sondern nur aus sittlich nicht anerkenntswerten Beweggründen erhoben wird."

Eine Betrachtung der BGH-Rechtsprechung der Jahre 1955 bis 1960 ergibt jedoch, daß man sich äußerst selten dazu bereit fand, einen dieser Ausnahmefälle anzunehmen. Es handelte sich dann meistens um Fälle, in denen das Verhalten der beklagten Partei derartig anstößig war, daß selbst von der Warte des BGH aus beim besten Willen ein weiteres eheliches Zusammenleben als untragbar erschien.

So drang in der Entscheidung BGH Z 32, 179 (188) die beklagte Ehefrau mit ihrem Widerspruch nicht durch, weil sie sich, von einem hemmungslosen Hass getrieben, selbst grober Verfehlungen gegenüber dem Kläger schuldig gemacht hatte.

242) dies sind die Fälle der sogenannten "Fehlehe", einer Verbindung, die infolge ungewöhnlicher Verschiedenheit des Alters oder des Charakters der Ehegatten oder ihrer körperlichen Anlagen so sehr dem Wesen der Ehe widerspricht, daß ihre Aufrechterhaltung sinnwidrig erscheint, vgl. BGH MDR 1960, 479. Ein Beispiel hierfür ist der vom OLG Köln entschiedene Fall einer Ehe (FamRZ 1961, 312), in dem die Ehegatten nach Eingehung der Ehe nur zwei Jahre und drei Monate zusammengelebt hatten, die Ehe aber von Anfang an darunter krankte, daß aus den früheren Ehen der Parteien Kinder vorhanden waren, die sich nicht vertrugen und infolgedessen Unfrieden in die Familie brachten. Als weitere Hinderungsgründe einer gedeihlichen Eheentwicklung stellte der Senat charakterliche und landsmännische Verschiedenheiten der Parteien fest.

Keine innere Bindung der Beklagten an die Ehe, den zweiten Ausnahmefall, hielt der BGH vor allem in den Entscheidungen BGH LM Nr. 19 zu § 48 II und BGH MDR 1961, 124 für gegeben. In der Entscheidung LM Nr.19 verneinte er eine sittliche Berechtigung für den Widerspruch, weil die Beklagte vor ihrer Ehe mit dem Kläger mit diesem ein dreizehnjähriges eheberecherisches Verhältnis vor den Augen des Ehemannes unterhalten hatte und die spätere Ehe mit dem Kläger nur eine Geschlechts- und Versorgungsgemeinschaft war; im zweiten Falle verwies der BGH die Sache an das Berufungsgericht zurück, weil er Zweifel an der inneren Bindung der Beklagten an die Ehe hegte. Die Beklagte hatte sich in Briefen an den Kläger mit der Möglichkeit einer kirchlichen Trennung der Ehe befaßt und dabei möglicherweise nicht mit einwandfreien Mitteln vorgehen wollen.

Diese Fälle bilden Ausnahmen in der BGH-Rechtsprechung. Seine scheidungsfeindliche Grundhaltung drückt sich nicht zuletzt darin aus, den Anwendungskreis dieser Ausnahmegruppen bis zur Wirkungslosigkeit der Gesamtvorschrift einzuengen. Er erreicht dies, indem er, wie Müller-Freienfels es ausdrückt²⁴³⁾, den Leitgedanken des Zerrüttungsprinzips, eine Ehe sei scheidbar, wenn die eheliche Gemeinschaft unhaltbar zerstört ist, über den Begriff der "Verantwortlichkeit" für die Zerrüttung her angreift. Wer sich vom anderen Ehegatten trennt, trifft dem BGH zufolge eine willensmäßige Entscheidung und ist für die Trennung verantwortlich - d.h. schuldig an der Zerrüttung im

243)a.a.O., S.156.

an der Zerrüttung im Sinne des § 48 II - auch wenn er möglicherweise unter widrigen Umständen zur Trennung gezwungen wurde²⁴⁴⁾.

Man wird Müller-Freienfels in seinen kritischen Bemerkungen zur "Zerrüttungsschuld" des BGH²⁴⁵⁾ beipflichten müssen, die Judikatur überfordere hiermit die Parteien, während es doch gerade ein Anliegen des Zerrüttungsprinzips gewesen sei, derartiges zu vermeiden^{245a)}.

Als Beispiel, wie auf diese Weise das Zerrüttungsprinzip aus den Angeln gehoben wird, mag die Entscheidung BGH IV ZR 75/54²⁴⁶⁾ dienen. Die Parteien hatten während des letzten Krieges die Ehe geschlossen. Nur zweimal hatte der Kläger die Beklagte bei Fronturlauben besucht. Wegen der Kriegs- und Nachkriegsverhältnisse, insbesondere auch wegen der Kriegsgefangenschaft des Klägers, kam es nicht zur Begründung eines eigenen Hausstandes. Es begegnet uns also hier wieder der Typ einer bereits von Kahl nach dem ersten Weltkrieg beschriebenen Kriegssee. Der BGH räumt zwar ein, daß die Kriegs- und Nachkriegsverhältnisse den Parteien ein ganz verschiedenes Schicksal gebracht und beträchtlich zur Zerrüttung beigetragen hätten. Trotzdem läßt er den Widerspruch der Beklagten durchgreifen. Wörtlich heißt es u.a.:

244) eingehend zu den Gründen dieser Ausdehnung des Verschuldensbegriffes Müller-Freienfels, a.a.O., S.157.

245) a.a.O., S.158.

245a) krit. hierzu auch Gernhuber, a.a.O., § 27, IV, 6 (S.260): Einem religiös bestimmten Eheverständnis folgend, das den Grundsatz von der Unauflöslichkeit der Ehe über das vom staatlichen Recht bestimmte Maß hinaus steigere, sei in der Rechtsprechung des BGH der Gedanke der Lebensführungsschuld eingedrungen, der jeden Ehegatten grundsätzlich den Verlust seiner ehelichen Gesinnung verantworten lasse, soweit er nicht auf Eheverfehlungen des Partners beruhe.

"Bei der Entscheidung der Frage, ob einem Ehegatten das Scheitern der Ehe als Schuld zuzurechnen ist, darf nicht den äußeren Verhältnissen ein zu großes Gewicht beigemessen und die Zerrüttung auf das Schicksal zurückgeführt werden, wenn im Grund ein menschliches Versagen vor den vom Schicksal gestellten Aufgaben vorliegt".

Das Versagen des Klägers wird dann darin gesehen, sich innerlich von der Beklagten gelöst und sich nach der Rückkehr aus der Gefangenschaft nicht in der erforderlichen Weise um sie bemüht zu haben. Ähnlich verhält es sich in der Entscheidung BGH LM Nr.7 zu § 48 I. Auch hier begegnet uns eine Ehe, die als Musterbeispiel dafür dienen kann, wie äußere Umstände eine Ehe zerrütten können: Zweimaliger Fronturlaub des Klägers, dann vierjährige Kriegsgefangenschaft und endlich Trennung der Eheleute durch die politischen Verhältnisse sind die äußeren Tatsachen dieser Eheentwicklung. Wieder trägt der BGH diesen Umständen scheinbar Rechnung, wenn er ausführt, die Ehe der Parteien sei infolge der außergewöhnlichen Zeitverhältnisse einer schweren Belastung ausgesetzt worden, ohne daß nach der Eheschließung ein längeres Zusammenleben der Ehegatten eine Festigung ihrer inneren Bindung aneinander herbeigeführt habe. Trotzdem wird dann dem Kläger die Scheidung versagt. Die Begründung hierzu enthält ähnliche Argumente wie die vorhergehende Entscheidung.

Daß eine derartige Rechtsprechung auf Bedenken stößt, ist verständlich. Von ihrer Grundhaltung aus fällt es schwer, überhaupt noch scheidungserhebliche, vom Verschulden freie äußere Gesichtspunkte zu finden, die eine Scheidung aus § 48 ermöglichen^{246a)}. Nicht zu Unrecht stellt Müller-Freienfels fest²⁴⁷⁾, auf diesem Wege, der in ein abstrakt-formalistisches Schuldprinzip

246a) krit. hierzu auch Palandt-Lauterbach, A.4 zu § 48 EheG.

247) a.a.O., S.157.

mündet, sei es nicht weit bis zu dem Ergebnis: Auch eine Lebensführung, bei der ein Gatte sich auf die Dauer unfähig mache, in der ehelichen Gesinnung zu verbleiben, sei ihm bereits als Verschulden im Sinn des § 48 II EheG anzurechnen. Über diese "Lebensführungsschuld" kann der Beklagte auch dann mit seinem Widerspruch durchdringen, wenn die Ehezerüttung in Wahrheit auf vom menschlichen Willen unabhängigen Vorgängen beruht.

Ein markantes Beispiel hierfür sind die schon oben behandelten sogenannten "Ostehen". In den weitaus meisten Fällen hat der BGH hier der Klage gegen den im Osten verbliebenen Partner den Erfolg versagt, indem er den Widerspruch des Beklagten durchgreifen ließ. Dabei konnte dort angesichts der skizzierten politischen Verhältnisse in nicht wenigen Fällen von menschlichem Willen unabhängigen schicksalhaften Vorgängen gesprochen werden, die auf Jahre und Jahrzehnte hinaus ein Eheleben unmöglich machten^{247a)}.

Auch wenn der BGH, wie im Falle der Entscheidung LM Nr.7 zu § 48 I anerkennt, daß die Ehe der Parteien durch lange Trennung infolge der außergewöhnlichen Zeitverhältnisse einer schweren Belastung ausgesetzt worden sei, daß nach Eheschließung kein längeres Zusammenleben der Ehegatten vorgelegen habe, vielmehr eine erhebliche Entfremdung zwischen ihnen eingetreten sei, scheidet er nicht²⁴⁸⁾. Mit der formelhaften Wendung, auch unter äußerst schwierigen äußeren Verhältnissen sei ein Ehegatte für die Bewahrung seiner

247a)krit. zur Behandlung dieser "Ostehen" durch den BGH Gernhuber, a.a.O., § 27, IV, 6, (S.260).

248)ebenso BGH FamRZ 1960, 393.

ehelichen Gesinnung verantwortlich und es hänge von seiner freien Willensentschließung ab, ob er den ehe-
widrigen Umständen einen bestimmten Einfluß einräume,
negiert er, daß das Gewicht der äußeren Umstände ein
noch so positives Streben der Menschen zu erdrücken
vermag.

IV. Die Berücksichtigung der Interessen minderjähriger Kinder.

1. Die Einführung des § 48 III.

Das Gesetz Nr.16 des Alliierten Kontrollrates vom 20.
2.1946 - das Ehegesetz 1946 - fügte den beiden Ab-
sätzen des § 55, der nunmehr als § 48 EheG erschien,
einen dritten Absatz an:

"Dem Scheidungsbegehren ist nicht stattzugeben,
wenn das wohlverstandene Interesse eines oder
mehrerer minderjähriger Kinder, die aus der Ehe
hervorgegangen sind, die Aufrechterhaltung der
Ehe erfordert".

Neben die Schutzklausel zugunsten des anderen Ehegat-
ten in Absatz II trat der Absatz III als eine weitere
Einschränkung des in Absatz I niedergelegten Grund-
satzes.

Diese Neueinführung durch den alliierten Gesetzgeber
ließe den Schluß zu, es habe erst der Initiative und
des Einflusses ausländischen Rechtsdenkens bedurft,
um dem deutschen Scheidungsrecht eine Schutzbestim-
mung zugunsten der von der Scheidung betroffenen Kin-
der zu geben. Dem ist jedoch nicht so: Schon das
Preußische Allgemeine Landrecht ließ die Scheidung
aufgrund gegenseitiger Einwilligung nur bei Kinder-
losigkeit zu²⁴⁹⁾, verwehrte also diese Scheidungsmög-

249)II.Teil, § 716.

lichkeit beim Vorhandensein von Kindern. Im BGB von 1900 und im Ehegesetz 1938 findet sich eine dem Absatz III entsprechende Vorschrift nicht.

Dieser Mangel wurde jedoch von der Rechtsprechung weitgehend korrigiert. Sie berücksichtigte nämlich bei der Prüfung des Widerspruchs des anderen Ehegatten auch die Belange der minderjährigen Kinder. So heißt es z.B. in der Absatz II des damaligen § 55 EheG betreffenden Entscheidung RGZ 160, 41:

"Ausschlaggebende Bedeutung kommt vor allem auch den Belangen der minderjährigen Kinder zu, wenn sie noch im erziehungs- und unterhaltsbedürftigen Alter stehen. Wenn dem Vater durch die Lösung der Ehe der Aufbau einer neuen Familie ermöglicht würde, so würde das nur auf Kosten der aus der ersten Ehe hervorgegangenen Kinder geschehen können".

Wertvoller als der Versuch der Gründung einer neuen Familie sei die Aufrechterhaltung der alten Ehe mit dem Ziele, den aus ihr hervorgegangenen Kindern die Grundlage für ihre körperliche und geistige Entwicklung nach Möglichkeit zu erhalten. Im gleichen Sinne äußerte sich das Reichsgericht in einer Reihe weiterer Entscheidungen²⁵⁰⁾. Eine Ausnahme zugunsten des von der Ehe losstrebenden Gatten machte man nur, wenn er sich bisher als arbeitsam, tüchtig und zuverlässig erwiesen hatte und die Gewähr dafür bot, er werde seine Kinder auch in Zukunft unterstützen²⁵¹⁾.

Angesichts dieser reichsgerichtlichen Rechtsprechung, welche sich in den Jahren 1940 bis 1945 zwar immer

250)RGZ 162, 47, 124; RG DR 40, 160; zustimmend Jonas, a.a.O., S. 211.

251)RGZ 169, 36.

weniger dazu bereit fand, den Widerspruch des anderen Ehegatten zu beachten, im Rahmen des einmal erhobenen Widerspruches aber zumeist die Belange der noch unterhalts- und erziehungsbedürftigen Kinder berücksichtigte, könnte man in der Einfügung des Absatzes III durch das EheG 1946 lediglich eine Bestätigung der bisherigen Judikatur durch den Gesetzgeber sehen. Die Funktion des Absatzes III würde sich darin erschöpfen, dem Widerspruch des anderen Ehegatten zusätzliches Gewicht dadurch zu verleihen, daß nun außerdem auch auf die Belange der Kinder Rücksicht genommen werden mußte und solcherart vielleicht erst die entscheidende "Scheidungsbremse" geschaffen würde. So hält denn auch Niesert²⁵²⁾ diesen Absatz für eine bloße Stärkung der Position des widersprechenden Ehegatten²⁵³⁾.

Mit der absolut herrschenden Meinung²⁵⁴⁾ ist jedoch in der Vorschrift des Absatzes III mehr zu sehen als bloß ein deklaratorisches Bekenntnis zugunsten der Kinder und eine den Absatz II verstärkende Norm. § 48 III EheG ist ein von Absatz II unabhängiger, selbständiger Klagabweisungsgrund. Der herrschenden Lehre ist zuzustimmen, weil sie es allein erlaubt, das Interesse eines oder mehrerer Kinder auch dann wahrzunehmen, wenn der Beklagte Ehegatte keinen Widerspruch erhebt oder aber sein Widerspruch für unbeachtlich erklärt wird. Nicht an Absatz II gebunden, prüft der Richter nunmehr von Amts wegen den selbständigen Ab-

252) Komm.z.EheG vom 20.2.1946, A.7 zu § 48, S.56.

253) a.a.O.; er hält es für zweifelhaft, ob das Interesse der minderjährigen Kinder an der Aufrechterhaltung der Ehe auch dann zur Klageabweisung führt, wenn der Beklagte der Scheidung nicht widersprochen hat.

weisungsgrund des Absatzes III.

2. Die Auslegung des Absatzes III

Herrscht über die Stellung des Abs.III innerhalb der gesamten Norm und über den Kreis der von ihm betroffenen Kinder²⁵⁵⁾ nahezu Einmütigkeit, so kann dies von seiner Auslegung durch die Rechtsprechung nicht behauptet werden.

Es geht hierbei zunächst um die bedeutsame und zugleich schwierige Frage, wann ein "wohlverstandenes Kindesinteresse" vorliegt, das die Aufrechterhaltung der Ehe erfordert. Die Judikatur prägte hierfür die Formel, maßgebend für das Kindeswohl sei die Abwägung, wie sich Scheidung oder Aufrechterhaltung der Ehe in häuslicher, erzieherischer und seelischer Beziehung und in der materiellen Lage des Unterhalts für die Kinder auswirken würde²⁵⁶⁾.

Ergibt ein Vergleich der Lage der Kinder vor der Scheidung mit der voraussichtlichen Situation danach, daß sich hinsichtlich der obengenannten Punkte für die Kinder ohnehin nichts ändert, so ist die Entscheidung nicht schwer: Abs.III kommt nicht zur Anwendung. Beispiele hierfür bilden in der Rechtsprechung zwei Urteile des Obersten Gerichtshofes der Britischen Zone²⁵⁷⁾. In dem einen wurde die Anwendung des Abs.III abgelehnt, weil bei der völligen Zerrüttung der Ehe

254) OGHZ 1, 105 ff.; OLG Frankfurt, HEZ 1, 162; OLG Nürnberg, HEZ 3, 32; OLG Oldenburg, NJW 1947/48, 103; Brinkmann, NJW 1947/48, 575, 581; Schrumacher, FamRZ 1954, 117; Lehmann, a.a.O., S.127; Rolland, a.a.O., S.62 mit Zit.

255) § 48 Abs.III bezieht sich dem gesetzlichen Wortlaut zufolge auf minderjährige Kinder; hierunter fallen auch Kinder, die vor der Ehe geboren sind und durch die Heirat der Eltern legitimiert wurden (BGH FamRZ 1957, S.49; Palandt-Lauterbach, § 48 A.6) Umstritten ist, ob dies auch für adoptierte Kinder gilt; dafür: Soergel-Vogel, § 48, A.9; Gernhuber, a.a.O., § 27, 10, S.265; dagegen OLG Celle, FamRZ 1964, S.262

und der tatsächlichen Trennung der Eltern eine Einflußnahme des Vaters auf den 18jährigen Jungen vor der Ehescheidung nicht bestand und auch nachher nicht zu erwarten war; im anderen Urteil kam das Gericht zum gleichen Ausspruch, weil für den 10-jährigen Sohn durch die Scheidung in häuslicher Hinsicht keine Änderung eintreten werde. Er bleibe nämlich auch in Zukunft bei der Beklagten, in deren Händen nach wie vor die Erziehung liege. Ähnlich war die Situation im Falle einer Entscheidung des OLG Köln vom Jahre 1962²⁵⁸⁾. Die Parteien waren hier die Ehe nur eingegangen, um dem Kind den Status eines ehelichen zu geben. Von Anfang an hatte man nicht beabsichtigt, das Kind in einer häuslichen Gemeinschaft aufwachsen zu lassen. Das OLG schied die Ehe, weil sich durch eine Scheidung die Verhältnisse des Kindes ohnehin nicht ändern würden und es ihm vor wie nach der Scheidung verwehrt sein würde, in einer häuslichen Gemeinschaft aufzuwachsen. Das gleiche Gericht hat in einer anderen Entscheidung²⁵⁹⁾ die Unanwendbarkeit des Abs.III insbesondere dann bejaht, wenn zusätzlich zur Aufrechterhaltung der bisherigen Lage - das Kind blieb wie bisher bei der Mutter, der Vater zahlte weiterhin den Unterhalt - noch die gütliche Einigung der Parteien über Erziehung, Unterbringung und Versorgung des Kindes hinzukam. Unter diesen Umständen dürfe erwartet werden, heißt es im Urteil, daß die Parteien nach ihrem gesamten Verhalten auch nach der Scheidung ihrem gemeinschaftlichen

256)so z.B. BGH LM Nr.8 zu S.48 I; BGHZ.12,111.

257)II ZS 85/48 und II ZS 96/49, zit. in OGH MDR 1950,416.

258)JMBl NRW 1962, 191.

259)FamRZ 1960, 248.

Kindes an Unterhalt, Erziehung und Ausbildung alles das zukommen lassen werden, was sie ihm nach ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen bei Aufrechterhaltung ihrer Ehe hätten gewähren können

In allen vorliegenden Fällen verneinten die Gerichte eine Anwendung des Abs.III. Sie kamen jedoch zu anderen Ergebnissen, wenn durch die Scheidung eine seelische Gefährdung des Kindes zu befürchten sei. Bevor zu diesem Gesichtspunkt im einzelnen Stellung genommen wird, sei kurz der Stand der Meinungen hierzu dargestellt:

In einer Reihe von Entscheidungen versagen Bundesgerichtshof und Oberlandesgerichte die Scheidung, sofern sie zu einer seelischen Gefährdung des Kindes führen würde²⁶⁰⁾. Dazu betonen die Gerichte, die Aufrechterhaltung der Ehe könne erforderlich sein, wenn bei einem Ob-siegen des aus der Ehe fortstrebenden Ehegatten das natürliche Empfinden der Kinder für die rechte Lebens-ordnung erschüttert würde, in der Vater und Mutter, Eltern und Kinder gemeinsam stünden. Solches wird insbesondere dann angenommen, wenn die Scheidung zu einer Lockerung der Beziehungen zwischen Kindern und Vater führen würde²⁶¹⁾.

Handelte es sich noch dazu um Ehen, bei denen die be-klagte Ehefrau mit den gemeinschaftlichen Kindern in den polnisch oder russisch besetzten deutschen Ostge-bieten lebte, so wurde eine derartige Lockerung der

259) FamRZ 1960, 238.

260) BGH FamRZ 1955, 97; 1957, 249; OLG Celle, NJW 1953, 1916; OLG Stuttgart, FamRZ 1956, 240.

261) so insbesondere BGH FamRZ 1957, 49; OLG Frankfurt, SJZ 1946, 225; LG Köln, FamRZ 1954, 139.

Beziehungen durch die Trennung der Ehe regelmäßig vermutet²⁶²⁾. Kennzeichnend für letztere Gruppe ist ein Urteil des OLG Schleswig (FamRZ 1955, 107). Habe das Kind auch kaum eine persönliche Erinnerung an den Vater gehabt, den es zum letzten Male 1944 gesehen habe, heißt es in den Gründen, so müsse die Ehe dennoch aufrecht erhalten bleiben, weil ihr Bestand das einzige Band sei, das das Kind mit seinem angestammten Volkstum verbinde. Zudem sei der Junge gläubiger Katholik. Gläubig eingestellt und religiös empfindend, brächte ihn eine Scheidung in seelische Konflikte, denn sie würde ihm als dem göttlichen Gebot widersprechend den Zwiespalt zwischen der menschlichen Ordnung und den religiösen Geboten aufzeigen. Endlich könne der Junge als 14-jähriger den Vater nicht ohne Schaden entbehren.

Bei der Würdigung dieses Urteils soll nicht verkannt werden, daß eine Scheidung von Ehegatten, von denen der eine noch in den besetzten Ostgebieten lebt, zu weitaus größeren Härten führen kann, als bei in der Bundesrepublik lebenden Ehepaaren. Erstere werden meistens in einer unfreundlich gesonnenen Umgebung leben, und der in Westdeutschland befindliche Vater ist tatsächlich dann das einzige Band zu Deutschland.

Dennoch melden sich Bedenken gegen die Argumentation des OLG Schleswig an. Daß ein Junge von 14 Jahren nicht ohne Schaden den Vater entbehren kann, bedarf keiner weiteren Darlegung. Die Konsequenz dieses Satzes ist

262) OLG Köln, FamRZ 1955, 50; OLG Braunschweig, FamRZ 1955, 52; OLG Schleswig, FamRZ 1955, 107; in diesem Sinne schon vorher Schumacher, FamRZ 1954, 117.

dann jedoch, daß man bei Vorhandensein von minderjährigen Kindern eine Scheidung überhaupt ablehnen muß. Dem steht aber der klare Gesetzeswortlaut entgegen, wonach nur das wohlverstandene Interesse der minderjährigen Kinder eine Scheidung ausschließt. Angreifbar erscheinen auch die religiösen Gründe: Wohl kann man dem OLG darin beipflichten, daß für religiös empfindende Minderjährige eine Scheidung stärkere seelische Belastungen mit sich bringen kann als bei solchen Jugendlichen, bei denen dies nicht der Fall ist. Betont man diesen Gesichtspunkt aber so stark wie hier, dann ist es unmöglich, Ehen zu scheiden, sofern die Kinder in katholischem Sinne erzogen sind. Damit läßt sich am Urteil des OLG Schleswig ernsthaft eigentlich nur die Überlegung vertreten, die schwierige Lage der in den Ostgebieten lebenden Kinder verlange eine eigene Berücksichtigung.

Problematisch ist es überhaupt, das Moment der seelischen Gefährdung des Kindes durch die Scheidung derart stark zu betonen, wie dies von Seiten des BGH und einiger Oberlandesgerichte geschieht. Diesen Gerichten zufolge soll eine Scheidung dann nicht möglich sein, wenn durch sie das natürliche Gefühl der Kinder für Recht und Ordnung erschüttert und ihre innere Entwicklung Schaden leiden würde, vor allem, wenn sie es erleben müßten, daß der Vater sich von ihrer Mutter lossagen dürfe, nachdem die Ehe durch seine ehewidrigen Beziehungen zerstört worden ist. So sieht das OLG Celle²⁶³⁾ insbesondere bei heranwachsenden Kindern eine sittliche Gefährdung dann gegeben, wenn der Vater sich vor der Scheidung einer anderen Frau zugewandt hat und nun gegen den Willen der Mutter geschieden werden möchte.

263) NJW 1953, 1916.

Die Tendenz derartiger Entscheidungen ist verständlich. Den Gerichten geht es hier um den Schutz der Mutter, die zumeist in den schweren Jahren der Kriegs- und Nachkriegszeit die Last der Erziehung und Unterhaltung der Kinder allein getragen hat und nun erleben muß, wie ihr Ehemann sich von ihr und den Kindern ab- und einer anderen Frau zuwendet. Daneben wird das Bemühen sichtbar, die Ehe als Institution zu erhalten^{263a)}. Damit taucht aber zugleich die Gefahr auf, nicht den Einzelnen, sondern die höhere Ordnung zu schützen. Es geht dann in erster Linie nicht mehr um die Belange der Einzelperson, sondern um den Erhalt der Einrichtung. Durchaus folgerichtig argumentiert denn auch Bosch: "In der einzelnen Ehe realisiert sich vom Zeitpunkt ihres Abschlusses an die Institution. Und es ist besser, daß eine durch Verschulden brüchig gewordene Ehe rechtlich erhalten bleibt, als daß die Institution Schaden nimmt und damit alle Ehen an Wert verlieren^{263b)}).

Eine Rechtsprechung, die in diesem Sinne urteilt, muß Kritik auslösen. Sie führt, worauf Hoffmann hingewiesen hat²⁶⁴⁾, im Ergebnis dazu, eine Ehe nicht mehr zu scheiden, in der heranwachsende Kinder vorhanden sind, falls die Zerrüttung der Ehe durch den Kläger allein oder überwiegend verschuldet worden ist und der Beklagte Ehegatte der Scheidung widerspricht.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob damit den Belangen der Kinder wirklich Rechnung getragen wird. Tatsächlich dürfte eher das Gegenteil der Fall sein. Die Lage der Kinder kann nicht allein unter dem Blickwinkel betrachtet werden, es müsse ihnen erspart werden, ihren Vater ein zweites Mal verheiratet und ihre Mutter nunmehr vereinsamt zu sehen. Wie sieht denn in den meisten Fällen die Situation für die Kinder aus, deren Eltern sich in

263a) vgl. hierzu Müller-Freienfels, S.73 ff.

263b) Bosch, Familienrechtsreform, S.45.

264) NJW 1953, 1916.

einem Scheidungsstreit befanden und deren Vater nach erfolgloser Scheidungsklage gezwungen ist, weiterhin bei Frau und Kindern zu bleiben? Zumeist bleibt auch weiterhin der bisherige unerquickliche Zustand nach Zurückweisung des Scheidungsbegehrens bestehen, ja, er erhält dadurch neue Nahrung, daß der Scheidungsprozeß die Leidenschaften erhitzt und neue Streitstoffe geliefert hat. Kommt dann nicht selten noch hinzu, daß der Vater die andere Frau nicht aufgibt, aus dieser Verbindung vielleicht noch Kinder hervorgehen, dann liegt es auf der Hand, daß durch die Fortdauer derart zerrütteter Eheverhältnisse die innere Entwicklung der Kinder größeren Schaden leidet, als durch eine endgültige Trennung der Eltern²⁶⁵).

Es ist zumeist bloßes Wunschdenken, wenn angenommen wird, nach einer Abweisung des Scheidungsbegehrens werde sich der Vater eines besseren besinnen und sich wieder Frau und Kindern zuwenden²⁶⁶). Das sehen auch die Gerichte.

265) hierzu Müller-Freienfels, a.a.O., S.124; Hoffmann, a.a.O.; krit. auch Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, S.120: "Auf der anderen Seite darf man freilich nicht verkennen, daß der Staat durch die Versagung der Scheidung in vielen Fällen... die Ehegatten zwingt, in einer zum Schein gewordenen, meist mit Gehässigkeiten geladenen Ehe weiterzuleben, die auch das Dasein der Kinder mit tragischen Konflikten belasten und aus dem "Kinderhimmel" eine "Kinderhölle" machen kann"; ferner Pieper, a.a.O., S.10... "Es ist tausendfach bewiesen, daß die Kinder in einer rechtzeitig friedlich geschiedenen Ehe besser daran sind, als in einer zerrütteten Kampfehe, wo sie unwillkürlich mit in die Konflikte hereingezogen werden"; im ähnlichen Sinne Scheidegger, a.a.O., S.43 und Marianne Weber, Ehefrau und Mutter..., S.555 "Es wird in der Mehrzahl der Fälle für die Kinder ungleich besser, oft geradezu sittliche Lebensfrage sein, daß sie dem Eindruck jener Kleinlichkeit und Gehässigkeit, wie er sich gerade zwischen zerfallenden Ehegatten einzustellen pflegt, entzogen werden" ähnlich auch Gernhuber, a.a.O., § 27, IV, 10, (S.266).

266) auch Godin, Anm. zur Entscheidung des Bayerischen Obl.G., SJZ 1949, 628(630) bezeichnet diese Auffassung als lebensfremd. Er sieht den Grund der Schwierigkeit S.104

Bei Aufrechterhaltung der Ehe bildet die Fortdauer der Spannungen der Gatten die Regel, führt der OGH BrZ aus²⁶⁷⁾, davon wiederum würden die Kinder in den meisten Fällen berührt.

Die Schlußfolgerung dieser Argumentation bleibt jedoch aus. Es ist eben Tatsache, daß dem Kindeswohl häufiger stärker damit gedient wird, wenn durch eine Scheidung für die Kinder klare, saubere Verhältnisse geschaffen werden, als wenn man sie durch die Aufrechterhaltung der Ehe zu Zeugen des Streites ihrer Eltern macht.

Im letzteren Falle können ungünstige Einflüsse auf ihre Entwicklung nicht ausbleiben. Nicht nur, daß Entwicklungshemmungen und -schwierigkeiten auftreten, auch ihr weiteres Leben wird davon in Mitleidenschaft gezogen. Kein Umstand macht den Menschen eheuntauglicher als die Tatsache, selber einer schlechten Ehe zu entstammen, schreibt Müller-Freienfels²⁶⁸⁾. Neuere psychiatrische Untersuchungen in der benachbarten Schweiz bestätigen diese Auffassung²⁶⁹⁾. Der Psychiater Haffter griff aus den Scheidungsfällen des Basler Zivilgerichts während der Jahre 1920 bis 1944 wahllos 100 Ehescheidungen heraus, um dem durchschnittlichen Schicksal von Scheidungskindern nachzugehen²⁷⁰⁾. Beachtung verdient zunächst seine Feststellung, in zwei Drittel der Fälle sei für die Kinder das familiäre

266)ten darin, daß § 48 EheG sich im Tatbestand widerspreche. Er setze eine unhaltbare Ehezerrüttung voraus, die naturgemäß mit einer Aufhebung der Lebensgemeinschaft verbunden ist und befehle gleichwohl für den Fall der Abweisung der Klage die Wiederherstellung der Lebensgemeinschaft; neuerdings zu diesem Widerspruch Lange, NJW 1963, 1968.

267)OGH BrZ NJW 1949, 262.

268)a.a.O., S.124 und die dort, Anm. 3, zit. Autoren.

269)zur Unterstützung der Juristen in Fragen des Ehe-rechtes durch Psychiatrie und Psychologie vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., S.53.

270)Haffter, Kinder aus geschiedenen Ehen, S.28.

Milieu seit Jahren wegen schwerer Zerrüttung ausgesprochen ungünstig gewesen, die schädigende Einwirkung auf die Kinder habe also lange vor der eigentlichen Scheidung eingesetzt. Recht aufschlußreich ist dann das Ergebnis einer Befragung von 16 bis 20jährigen Scheidungskindern. 100 der Befragten bejahten die Scheidung als günstige Wendung ihres Schicksals, während diese auf der anderen Seite nur in 30 Fällen als nachteilig bedauert wurde. Die Kinder selbst gaben also in der überwiegenden Zahl der Fälle der Scheidung den Vorzug, weil erst sie ihnen das Ende der familiären Auseinandersetzungen, eine Bereinigung ihres Daseins brachte. Nach eingehenden Untersuchungen trifft der Autor dann die Feststellung, es müsse mit aller Entschiedenheit der oft geäußerten Ansicht entgegengetreten werden, wonach die Scheidung der Eltern für die Kinder immer ein Unglück bedeuten müsse²⁷¹⁾.

Zu ähnlichen Ergebnissen gelangen auch psychologische Untersuchungen. C.G.Jung²⁷²⁾ zeigt am Beispiel eines 9-jährigen Mädchens, wie dieses unter dem unausgetragenen Zwiespalt der Eltern leidet. Diese lassen sich zunächst nicht scheiden und verbergen stattdessen dem Kinde ihren Streit. Es errät aber die Situation und läßt krankhafte Symptome erkennen, subnormale Temperatur, Appetitabnahme und Mattigkeit. Eine Heilung trat erst ein, als die Eltern sich trennten.

271) vgl. Hackmack, Kinder aus geschiedenen Ehen, S.3, welcher Hauffter im allgemeinen beipflichtet, sich aber zu dessen Lösungsvorschlägen kritisch äußert: Eine Lösung der Probleme liege nicht in der Verhinderung von Scheidungen, sondern in der Verhinderung von dem Entstehen zerrütteter Ehen.

272) zit. bei Brigitte von Pflugk, Gestörte Familiengemeinschaft, S.75.

Während von den Gerichten der Gesichtspunkt der seelischen Gefährdung durch die Scheidung zwar betont, aber meistens im Sinne einer schlagwortartigen Formel gebraucht wird, vermögen Psychologen, Mediziner und Heilpädagogen häufig die seelische Gefährdung der Kinder durch Verbleiben in der Ehe nachzuweisen. Typische Gefährdungsmomente zählt die Arbeit Brigitte v. Pflugk's²⁷³⁾ auf:

"Das ältere Kind wird mehr und mehr zum Eingreifen in den Streit, zur Stellungnahme zwischen den Eltern gedrängt und erfährt im "Durchleben" die Zusammenhänge der erwachsenen Wirklichkeit. Einblicke in die Elternehe, Erfahrungen über Erwachsenenkonflikte und Eindringen in deren Motive zu einem Zeitpunkt, an dem es der kindlichen Reifung noch nicht entspricht, schaffen eine gesamtseelische Verfrühung."

Ähnliche Befunde schildert Lutz aus seiner Tätigkeit als Leiter der psychiatrischen Kinderpoliklinik in Zürich²⁷⁴⁾.

Prüft man also in derartigen Fällen das Wohl der Kinder, so sollte man nicht vorschnell für eine Aufrechterhaltung der Ehe plädieren, wie dies bisher nicht selten praktiziert wurde. Man liefere nämlich Gefahr, dem Hilfsbedürftigen einen Bären dienst zu erweisen. Das Reichsgericht neigte dazu, das Interesse der Kinder stärker als das des anderen Ehegatten zu berücksichtigen. Aber auch es hat die Ehe geschieden, wenn es der Auffassung war, es sei für die Gemüts- und Wesens-

273)ebenda

274)Schweizer Zeitung für Gemeinnützigkeit, 76(1937),49; vgl.auch Doebeli, Die Bedeutung der Ehe für die leibseelische Entwicklung des Kindes: Dem Autor zufolge führten eheliche Spannungen sogar zu schizophrenen Fehlentwicklungen des Kindes.

bildung der Kinder vorteilhafter, daß die Ehe geschieden und damit eine Quelle von Erregung und Streit verstopft werde²⁷⁵⁾. Ähnliche Gedanken finden sich in Urteilen des OLG Frankfurt²⁷⁶⁾ und des KG Ost²⁷⁷⁾ aus dem Jahre 1951.

Zu letzterer Entscheidung muß jedoch bemerkt werden, daß Urteile sowjetzonaler Gerichte in der Regel nicht zur Auslegung des § 48 EheG herangezogen werden können. Obwohl zunächst in der SBZ ebenso wie in den westlichen Zonen Deutschlands mit dem EheG 1946 auch der § 48 galt, zog die Ideologie der östlichen Gewalthaber auch in das materielle Eherecht ein. Als Beispiel mag hier ein Urteil des OG DDR vom 27.4.1951 dienen²⁷⁸⁾. Zwar läßt sich seine These noch vertreten, von einem Elternhaus, das ein ungefährdetes Aufwachsen der Kinder gewährleisten könne, könne bei unheilbarer Zerrüttung und mindestens dreijähriger Trennung schwerlich gesprochen werden. Einigkeit dürfte aber in der Ablehnung der vom Gericht vorgeschlagenen "Hilfen" bestehen. Die Erziehung der Kinder, welche nach der Scheidung durch den Ausfall von Vater oder Mutter gefährdet sei, soll nunmehr Sache der Staatsjugend, der "Jungen Pioniere" oder der "Freien Deutschen Jugend" werden^{278a)}.

275)RGZ 159, 309;

276)SJZ 1948, Sp.89 mit Anm. Hertkorn.

277)NJ 1952, 89.

278)NJ 1951,366; vgl. auch OG DDR NJ 1951, 223 und 367; OG DDR NJ 1960, 71. Letztere Entscheidung weist die Untergerichte an, auch geschiedene Mütter von Kleinkindern in den Produktionsprozeß einzugliedern, indem das Kind entweder zu den Eltern der Frau oder aber zu Kinderkrippen gebracht werden sollte.

278a)Hierzu Fuchs, Die Zerrüttung der Ehe,S.83 und Gehring, Das Ehescheidungsrecht in Mitteldeutschland, der allerdings auch darauf hinweist,(S.78 ff), daß neuerdings ein gewisser Wandel insofern zu verzeichnen sei, als nach Auffassung des Obersten Gerichtes der "DDR" die Bedeutung der Eltern für die Erziehung und Entwicklung der Kinder stärker in den Vordergrund gerückt werden müsse; vgl.auch die dort zit.Richtlinie Nr.9 der EheVO (S.83).

Die Verordnung über Eheschließung und Eheauflösung vom 24.11.1955²⁷⁹⁾ brachte der sogenannten DDR dann ein neues Ehescheidungsrecht, nachdem zuvor aus Anlaß des zwischen der UDSSR und der "DDR" abgeschlossenen Moskauer Vertrages vom 20.9.1955²⁸⁰⁾ mit sämtlichen vom Alliierten Kontrollrat erlassenen Gesetzen auch das Ehegesetz 1946- und damit auch sein hier interessierender § 48 - aufgehoben wurde. Das Scheidungsrecht Mitteldeutschlands kennt keine kasuistisch aufgeführten Scheidungsgründe mehr. § 8 der VO, der einzige Scheidungsparagraph, läßt die Scheidung dann zu, wenn ernstliche Gründe für diese vorliegen und die Ehe ihren Sinn für die Eheleute, für die Kinder und die Gesellschaft verloren hat. Für eine vergleichende Betrachtung scheidet das Recht der "DDR" damit vollends aus²⁸¹⁾.

Selbst wenn eine Scheidung erzieherische oder seelische Interessen der Kinder nicht beeinträchtigt, wird von den Gerichten die Ehe gleichwohl aufrecht erhalten, falls eine Scheidung den Unterhalt der Kinder gefährden würde. Der Bundesgerichtshof²⁸²⁾ und die Oberlandesgerichte²⁸³⁾, aber auch schon vor ihnen das Reichsgericht²⁸⁴⁾ betonen diesen Gesichtspunkt sehr stark²⁸⁵⁾. Der Unterhalt der Kinder wird vor allem durch eine Scheidung deshalb gefährdet, weil durch sie für den Vater der Weg frei wird, eine neue Bindung einzugehen. Der Aufbau einer neuen Familie aber geschieht, worauf die Gerichte zu Recht hinweisen²⁸⁶⁾, fast immer nur auf Kosten der aus der ersten Ehe hervorgegangenen Kinder. Zwar wird die gesetzliche Unterhaltspflicht des Vaters durch die Scheidung nicht aufgehoben, doch beein-

279)GBI DDR I, 849.

280)GBI DDR I, 917.

281)zur Auseinanderentwicklung des Ehescheidungsrechtes der Bundesrepublik Deutschland und der "DDR" sowie zu den kollisionsrechtlichen Fragen vgl.Steindorf, Interzonales Ehescheidungsrecht; zum § 8 der VO vgl. Gehring, a.a.O., S.5, S.27 ff.

282)BGH LM Nr.6 zu ZPO§616.

283)so z.B.OLG Oldenburg,NJW 1947/48,103 und OLG Nürnberg, HEZ,3,32.

trächtigt die Gründung einer zweiten Familie meistens erheblich seine Zahlungsfähigkeit.

Wahrt man die Belange der Kinder, indem man dem Vater eine Scheidung versagt, kann es allerdings passieren, daß es zu Ungleichbehandlungen der Scheidungskläger kommt. Als Beispiel möge ein Urteil des OLG Nürnberg dienen. Hierin wird ausgeführt²⁸⁷⁾: "In Anbetracht der gespannten wirtschaftlichen Verhältnisse des Klägers muß im vorliegenden Falle, wenn der Kläger sich entsprechend seiner Absicht wieder verheiratet, mit einer Gefährdung des Unterhaltsanspruches der beiden Kinder gerechnet werden".

Die Konsequenz dieses Urteils ist, daß dem bemittelten Kläger, der seine Kinder auch nach der Scheidung finanziell sicherstellen kann, der Weg aus der ersten Ehe möglich ist, während die Scheidung dem weniger wohlhabenden Kläger verwehrt bleibt. Derart unbillige Ergebnisse lassen sich nur vermeiden, wenn man nicht so sehr das Angebot von Geld als wichtig erachtet, sondern vielmehr die Entscheidung an der Persönlichkeit des Klägers orientiert. Unabhängig von seiner finanziellen Lage zur Zeit des Ehestreits muß der aus der Ehe Losstrebende die Gewähr auch für eine zukünftige Sicherung des Unterhalts der Kinder bieten. Kann dies bejaht werden, wird man dem Scheidungsbegehren nicht mit Absatz III begegnen können²⁸⁸⁾. Da eine Scheidung in den meisten Fällen die Möglichkeit einer Wiederverheiratung eröffnet und damit eine Verminderung der tatsächlichen

284)RG DR 40, 160; RGZ 160,41; RGZ 169, 36.

285)gegen eine Einbeziehung des Versorgungsgedankens in das Scheidungsrecht vgl. Müller-Freienfels, a.a.O., 174 ff.; ihm zustimmend H. Müller, Der Standesbeamte, Mai 1963, S.139: "...der offenkundig mißlichen Lage der verlassenen Ehefrau ist durch Reform des Unterhaltsrechts abzuhelpfen!"

286)so Bayer.ObLG, SJZ 1949, 628; ebenso Brinkmann, NJW 1947/48, S.575.

287)HEZ 3, 32.

288)in diesem Sinne RGZ 169, 36.

Leistungsfähigkeit zur Folge haben kann, läge die Anwendungsmöglichkeit des Abs.III vornehmlich darin, das Scheidungsbegehren zurückzuweisen, um eine Wiederverheiratung zu vereiteln. Diesen Weg haben die Gerichte zum Teil auch beschritten. Manche Entscheidungen erscheinen dabei aber als recht bedenklich. So hat beispielsweise dem OLG Hamm zufolge²⁸⁹⁾ die Einschränkung des Abs.III auch dann zu gelten, wenn der Vater keine neue Ehe beabsichtige, jedoch - da er noch im besten Alter stehe - die Möglichkeit einer Wiederverheiratung nicht ausgeschlossen sei. Unter diesem Gesichtspunkt kann man dann aber - von wenigen Ausnahmen abgesehen - beim Vorhandensein von minderjährigen Kindern alle Scheidungsbegehren zurückweisen, denn, haben die Eltern minderjährige Kinder, so stehen sie zumeist in einem Alter, in welchem mindestens theoretisch die Möglichkeit einer Wiederverheiratung besteht.

Diese unbilligen und daher unrichtigen Ergebnisse vermeidet man, wenn man mit Brinkmann verlangt²⁹⁰⁾, daß für eine Gefährdung des Unterhalts durch Wiederverheiratung tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen müssen, daß aber die abstrakte Möglichkeit einer Wiederverheiratung nicht genügt²⁹¹⁾. Muß der Kläger etwa, wie im Falle des OLG Oldenburg²⁹²⁾, durch einstweilige Anordnungen zur Zahlung des Unterhalts herangezogen werden, liegen bereits konkrete Gefahren für den Unterhaltsanspruch der Kinder vor. Ein derartiges Verhalten läßt dann auch den Rückschluß zu, der Kläger werde erst recht die sich aus der zweiten Bindung ergebenden Verpflichtungen benutzen,

289) nichtveröffentl. Urteil (5 U 507/47 vom 29.10.1947),
zit. bei Brinkmann, NJW 1947/48, 575.

290) a.a.O., S. 575.

291) gegen derartige Annahmen auch BGH LM Nr. 8 zu § 48 I
= FamRZ 1957, 249.

292) NJW 1947, 103; ähnlich BGH LM Nr. 6 zu ZPO § 616.

um sich denjenigen aus der ersten weitgehend zu entziehen.

Mit den oben zitierten schweizer und deutschen Autoren wird man im Hinblick auf das Kindesinteresse die Scheidung häufig als das kleinere Übel ansehen müssen. Nur soweit dies nicht der Fall ist, wo vielmehr schwerwiegende Kindesinteressen den Fortbestand der Ehe verlangen, wird man das Scheidungsverlangen unberücksichtigt lassen müssen.

Findet diese, den Ausnahmecharakter des Abs. III betonende Auffassung im Gesetz eine Stütze? Dem gesetzlichen Wortlaut zufolge muß das wohlverstandene Interesse der minderjährigen Kinder die Aufrechterhaltung der Ehe erfordern, damit das Scheidungsbegehren erfolglos bleibt. Die Betonung liegt hier auf dem Worte "erfordern". Darunter ist mehr zu verstehen als etwa nur "das Beste der Kinder"²⁹³⁾. Zu Recht wenden sich deshalb Palandt-Lauterbach und der OGH BrZ²⁹⁴⁾ gegen das OLG Frankfurt, nach welchem es darauf ankomme, ob die Scheidung dem Kinde mehr Schaden bringe - dann Aufrechterhaltung der Ehe- oder mehr Vorteile - dann Scheidung der Ehe²⁹⁵⁾. Diesem Gericht zufolge dürfe nur geschieden werden, wenn das Interesse der Kinder die Scheidung erfordere. Eine derartige Auffassung ist aber, worauf insbesondere der OGH hinweist, mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar. Diesem zufolge bildet die Anwendung des § 48 III eine Ausnahme, welche nur dann eingreift, wenn das der Scheidung entgegenstehende Interesse der Kinder so stark ist, daß die Scheidung im Hinblick auf diese

293) Palandt, § 48, A. 6.

294) MDR 50, 416.

295) SJZ 48, 89.

nicht verantwortet werden kann. Den von der Scheidung betroffenen minderjährigen Kindern kann also über Abs. III nur bedingt geholfen werden. Das Gesetz selbst will hier nur in Ausnahmefällen eine Zurückweisung des Scheidungsbegehrens.

V. Die Änderung des § 48 II durch den Dritten Deutschen Bundestag.

1. Die Auseinandersetzung in Öffentlichkeit und Bundestag um die Änderung der Vorschrift.

Die neue BGH-Judikatur zum Abs. II des § 48 EheG fand zwar die Zustimmung mancher Autoren²⁹⁶⁾, war für einige unter ihnen jedoch erst ein Teilerfolg ihrer Bemühungen. "Wer aber garantiert, daß Land- und Oberlandesgerichte bei Beibehaltung der gegenwärtigen Bestimmungen allgemein der Linie des BGH folgen?" fragte Bosch²⁹⁷⁾ im Jahre 1961 und beantwortete sich die Frage selbst: "Dafür gibt es keinerlei Garantie". Als erfolgversprechendster Weg, alle Gerichte auf die Rechtsprechung des BGH festzulegen, erschien diesen Stimmen eine Gesetzesänderung, eine Änderung des Absatzes II des § 48 EheG im Sinne der Judikatur des 4. BGH-Senates.

296) Bosch, FamRZ 1961, 255 (257):

"... beachten wir einerseits, wie der BGH und - ihm folgend - viele Oberlandesgerichte und Landgerichte anhand der erwähnten Allgemeinbegriffe des § 48 eine Rechtsprechung entwickelt haben, die von einem nicht mehr zu übertreffenden sittlichen Ernst getragen ist."

297) FamRZ 1961, 268.

Der Streit der Meinungen um Beibehaltung oder Änderung des § 48 EheG erreichte um die Mitte des Jahres 1961 seinen Höhepunkt, als bekannt wurde, Abgeordnete der CDU im Rechtsausschuß des Bundestages wollten im Rahmen des geplanten Familienrechtsänderungsgesetzes auch an eine Änderung des § 48 EheG gehen. Diese Nachricht löste keine geringe Überraschung aus. Allgemein war mit einem derartigen Schritt nicht gerechnet worden.

Es waren seit der ersten Wahlperiode des Bundestages zwar vereinzelte Vorstöße unternommen worden, den § 48 II im Sinne einer engeren Auslegung zu ändern. Hierzu gehörten der Änderungsvorschlag der Bundesregierung vom Jahre 1952²⁹⁸⁾ und der damit inhaltlich übereinstimmende Entwurf der FDP vom Jahre 1956²⁹⁹⁾. In den darauf folgenden Jahren fehlten jedoch entsprechende Initiativen. Auch der Entwurf der Bundesregierung zur Änderung des Familienrechts von 1961 läßt jeden Hinweis auf eine Umgestaltung des Scheidungsrechtes vermissen.

Umso größeres Erstaunen rief daher ein Vorstoß der CDU-Abgeordneten im Unterausschuß "Familienrechtsänderungsgesetz" des Bundestags-Rechtsausschusses hervor, im Rahmen des geplanten Familienrechtsänderungsgesetzes auch § 48 EheG neu zu formulieren, um die vom BGH entwickelten Grundsätze zu § 48 II im Gesetz zu verankern³⁰⁰⁾.

298) Reg. Entw., Drucks. Nr. 3802, § 1571 des Entwurfs.

299) II. Wahlperiode, Drucks. 1586 vom 5. Juli 1956.

300) vgl. Stenogr. Protokolle des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode, 148. Sitzung vom 27.4.1961, 152. Sitzung vom 8. Juni 1961; Schwarz-haupt, FamRZ 1961, 329(331); dieselbe in FamRZ 1961, 466: "Sinn der Neufassung des § 48 II EheG ist es, diese gute Rechtsprechung, die aufgrund einer schlechten Generalklausel entwickelt worden ist, zu stabilisieren und auch für Landgerichte und Oberlandesgerichte ebenso wie für künftige Senate des BGH verbindlich zu machen".

In der Öffentlichkeit sprachen sich zahlreiche Stimmen gegen eine Änderung des § 48 II EheG aus. Die vielen Stellungnahmen hierzu in den Zeitungen und Zeitschriften sind nahezu unübersehbar³⁰¹⁾. Eine Rechtsanwältin wandte sich beispielsweise in einem Schreiben an die "Frankfurter Allgemeine Zeitung"³⁰²⁾ gegen die Auffassung, § 48 enthalte nationalsozialistisches Gedankengut und warf dem Zentralkomitee der Deutschen Katholiken vor, mit seinem Manifest gegen das Zerrüttungsprinzip eine rückläufige Entwicklung einleiten zu wollen. Richter traten in Leserbriefen³⁰³⁾ und Veröffentlichungen³⁰⁴⁾ dem Eindruck entgegen, in der Bundesrepublik sei die von ihrem treulosen Mann verklagte Ehefrau trotz Widerspruch nach § 48 II EheG schutzlos der Willkür der Land- und Oberlandesgerichte ausgeliefert. Gerade das Gegenteil sei der Fall, meint der Einsender; so sei im Jahre 1960 in seiner Zivilkammer nur eine einzige Frau nicht mit ihrem Widerspruch durchgedrungen, weil eine sogenannte Fehlehe vorgelegen habe.

Die Angriffe gegen die geplante Änderung des § 48 EheG richtete man insbesondere gegen die Befürworter der Reform. Man machte ihnen den Vorwurf, restaurative Tendenzen erkennen zu lassen, nämlich das Zerrüttungsprinzip rückgängig machen zu wollen³⁰⁵⁾. Unberechtigt war dieser Einwand nicht, deuten die Worte Boschs "minus malum" ("... die nunmehr vorgeschlagene Regelung ... muß allen gerecht und billig Denkenden als die richtige Lö-

301) vgl. Mikat, FamRZ 1962, S.81, Fußnote 1.

302) FAZ vom 5.5.1961, S.8 (Hebestreit).

303) FAZ vom 13.5.1961, S.2 (Reubold).

304) Leonardy, Justizbl. des Saarlandes 1962, S.11: "Allerdings hat das Familienrecht seit deren Erscheinung schon wieder eine Novelle...über sich ergehen lassen müssen, die uns - aus den bekannten politischen Gründen- die umstrittene Änderung des § 48 II EheG. bescherte."

305) FAZ vom 25.5.1961, S.9 (Wolf).

sung erscheinen, mindestens im Sinne eines minus malum")
306) doch das Fernziel an, die Rückkehr zum Schuldprinzip
oder gar ein Eherecht ohne Scheidungsmöglichkeiten^{306a)}.

Parallel zu dieser Auseinandersetzung in der Öffentlichkeit verlief diejenige im Bundestag und seinen Ausschüssen. Es bereitete den Initiatoren nicht geringe Mühe, ihren Kritikern die Gründe für die anfangs nicht vorgesehene Änderung der Vorschrift plausibel zu machen. Die Frage nach dem "warum", dem "ob" der so unvermittelt gewünschten Neufassung nahm fast den gleichen Raum in der Diskussion ein wie diejenige nach dem "wie" der Änderung.

Als Berichterstatterin trug die CDU-Abgeordnete Dr. Elisabeth Schwarzhaupt zur Begründung vor³⁰⁷⁾, die Änderung des § 48 II sei zwar nicht im Regierungsentwurf enthalten, stehe aber im Zusammenhang mit einer Reihe dort behandelter eherechtlicher Fragen. Betrachtet man jedoch die vom Familienrechtsänderungsgesetz geregelte Materie, so stellt man fest, daß die Behauptungen der Berichterstatterin nicht zutreffen. Jenes Gesetz, so wie es als Entwurf dem Bundestag vorgelegt wurde, befaßte sich mit geringfügigen Änderungen bei den Eheverböten, nicht jedoch mit dem Recht der Ehescheidung.

306) FAZ vom 10.5.1961, S.7 (Bosch); vgl.hierzu Fuchs, Die Zerrüttung der Ehe, S.104, Fußn.2): Daß Bosch am liebsten die Scheidung ganz abschaffen möchte, ist angesichts seines Ausgangspunktes-Ehe als Sakrament-nur folgerichtig".

306a) hierzu Lange, NJW 1963, 1968: "In einem konfessionell gemischten Lande, wie es die Bundesrepublik darstellt, tragen aktive Kräfte einer Konfession ihre Auffassungen, wenn nicht als Naturrecht, so doch als die dem Wesen von Ehe und Familie allein entsprechende vor und haben dadurch im Bereich des Familienrechts in Gesetzgebung und Rechtsprechung erhebliche Erfolge erzielt."

307) Stenogr.Protok. des Rechtsausschusses, a.a.O., Nr.148.

Der Opposition fiel es nicht schwer, die Berichterstat-
terin zu korrigieren³⁰⁸⁾. Vor allem bei der Beratung
des Familienrechtsänderungsgesetzes im Plenum des Bun-
destages war dies der Fall. Die Sprecher der SPD und
der FDP als der damaligen Oppositionsparteien machten
den Regierungsparteien den Vorwurf, überhastet eine
Materie regeln zu wollen, die zu den schwierigsten
des Scheidungsrechts gehörten. Der Abgeordnete Arndt
erklärte³⁰⁹⁾, man stehe vor der ungewöhnlichen Lage,
die sich in zwölf Jahren Bundestag noch nicht ereignet
habe, über eine Vorschrift abzustimmen, ohne daß die
Formulierung im Ausschuß diskutiert worden sei.

Seine Kollegin Dr. Huber³¹⁰⁾ setzte sich mit dem Argu-
ment der Berichterstat-terin auseinander, eine sofor-
tige Gesetzesänderung diene dem Schutz der Frau. Zahl-
reiche Frauenverbände, u.a. der Deutsche Frauenring,
der Verband berufstätiger Frauen und der Bund deutscher
Juristinnen hätten im Schreiben an sie vielmehr die
Bitte ausgesprochen, nicht übereilt an eine Reform
des Scheidungsrechts heranzugehen.

Diese und andere Frauenstimmen sind ein Anzeichen da-
für, daß der Vorwurf gegen § 48, er sei frauenfeind-
lich, schwerlich mit der Wirklichkeit übereinstimmt.
Die Dringlichkeit, mit welcher die Regierungsparteien
die Neuregelung betrieben, ließ sich auch schwer mit
dem statistischen Material vereinbaren. Bei 3203
Scheidungen aus § 48 im Jahre 1958 kam es nur in
141 Fällen zu Widersprüchen³¹¹⁾. 1959 lassen sich 3162

308) vgl. die Kritik der Abg. Dr. Diemer-Nikolaus (FDP) in der
164. Sitzung des III. Bundestages, a. a. O.

309) ebenda.

310) ebenda.

311) Protokoll Nr. 152 des Rechtsausschusses des Bundes-
tages vom 8.6.1961. (Die Widersprüche dürften im
Hinblick auf die Zahlen von 1959 keinen Erfolg ge-
habt haben).

Ehescheidungen aus § 48 verzeichnen, aber nur in weniger als 164 Fällen setzte man sich über den Widerspruch des beklagten Partners hinweg³¹²⁾. Die Zahl der Widersprüche läßt sich also mit der von den Befürwortern der Neuregelung betonten Dringlichkeit nicht vereinbaren³¹³⁾.

Nicht minder stark prallten die Meinungen aufeinander, als die Debatte über das "ob" einer Änderung sich auf die inhaltliche Ausgestaltung des § 48 erstreckte. Vom Rechtsausschuß auch mit den Stimmen der - aus Wahlgründen konzessionsbereiten³¹⁴⁾ - Opposition beschlossen, lag dem Plenum des Bundestages eine Neufassung des Abs. II vor, wonach gegen den Widerspruch eines Partners nicht geschieden werden konnte, "es sei denn, daß der widersprechende Ehegatte die innere Bindung an die Ehe verloren hatte und es ihm an der wirklichen Bereitschaft fehlt, die Ehe fortzusetzen³¹⁵⁾". Vor der zweiten und dritten Lesung des Gesetzes hatte sich die SPD hiervon wieder distanziert und einen Änderungsvorschlag eingebracht, wonach eine zerrüttete Ehe gegen den Widerspruch des weniger Schuldigen auch dann geschieden werden konnte, wenn sie von Anfang an keine sittlich tragbare Grundlage gehabt oder diese später verloren hatte³¹⁶⁾.

312) Nachweise bei Wittrock, Verhandlungen des Bundestages, 3. Wahlperiode, 164. Sitzung vom 28.6.1961.

313) ebenso Bergerfurth, FamRZ 1962, 247: "Die gegen den Widerspruch des anderen Teiles erfolgende Scheidung hat schon nach der bisherigen gesetzlichen Regelung in der Gesamtstatistik der Entscheidungen einen nur geringen Bruchteil ausgemacht".

314) so das Nachrichtenmagazin "Der Spiegel", 1961, Nr. 27, S. 17.

315) die Formulierung durch den Unterausschuß des Rechtsausschusses (Ausschuß-Drucksache Nr. 90) des Bundestages hatte zunächst gelautet: "... es sei denn, daß der Widerspruch sich als Mißbrauch seines Rechts darstellt".

Die Vertreter der Regierungsparteien begründeten ihren Änderungsvorschlag mit dem Bestreben, die Mißhelligkeiten und Schwierigkeiten, die in der Vergangenheit bei der Behandlung des Widerspruchs aufgetreten seien, durch die Aufnahme der vom BGH entwickelten Grundsätze in das Gesetz zu beseitigen³¹⁷⁾. Weil § 48 II sehr dehnbar und mit unbestimmten Rechtsbegriffen angereichert sei, müßte die Aufnahme der höchstrichterlichen Rechtsprechung in das Gesetz für Klarheit sorgen³¹⁸⁾. Gestützt auf die Auffassungen Boschs³¹⁹⁾ argumentierte man, § 48 habe in der Vorstellung vieler die Funktion einer "Verstoßungsnorm" erlangt, und deshalb gälte es, dieser Deutung mit einer Gesetzesänderung entgegenzutreten.

Diesen Argumenten fehlt die rechte Überzeugungskraft. Wenn § 48 - als § 55 EheG a.F. - je eine derartige Deutung zuließ, dann konnte doch 1961, 16 Jahre nach dem Zusammenbruch und eine geraume Zeit nach dem Einsetzen einer gegenläufigen Judikatur der Obergerichte, nicht mehr von "Verstoßungsnorm" gesprochen werden³²⁰⁾.

316) vgl. Umdruck 930, Anl. Nr. 5 zum Bundestagsprotokoll vom 28./29.6.1961, S. 9572.

317) Dr. Weber (Koblenz), Stenogr. Protokoll des Bundestages 148. Sitzung des Rechtsausschusses, Protokoll Nr. 148 (3. Wahlperiode).

318) Abgeordnete Dr. Schwarzhaupt, Verhandlungen des Bundestages, 3. Wahlperiode, Anl. zu den Stenogr. Berichten, Drucks. 2812 und zu 2812, S. 9; dieselbe, FamRZ 1961, 329 (331). Erstaunlich ist es aber, daß der Gesetzgeber im gleichen Gesetz diese "dehnbare Klausel" in dem § 1596 I Nr. 4 und 5 BGB verwendet und in § 48 II streicht.

319) FamRZ 1961, 255 ff.

320) vgl. Wittrock, Stenogr. Protokolle der 152. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundestages vom 8. Juni 1961: "Nach meiner Überzeugung sollten wir die Diskussion nicht so führen, als habe man es noch mit der Rechtsprechung auf der Grundlage des EheG. 1938 zu tun". Wittrock weist auch darauf hin, daß maßgebende deutsche Wissenschaftlicher bei den Vorbereitungsarbeiten zum EheG des Kontrollrates von 1946 beteiligt waren.

Niemand, der sich die Mühe gemacht hatte, auch nur oberflächlich die Rechtsprechung des BGH zu diesen Fragen zu verfolgen, konnte sich gute Chancen ausrechnen, gegen den Widerspruch der beklagten Partei durchzudringen³²¹⁾. Der Abgeordnete Arndt konnte mit Recht bezweifeln, daß es eine Volksauffassung gäbe, die dahin ginge, man müsse nur drei Jahre getrennt leben und könne sich dann scheiden lassen³²²⁾. Er begründete seine Behauptung mit der bereits vorerwähnten relativ geringen Zahl von Scheidungen aus § 48 EheG. Von rund 43.000 Scheidungen in der Bundesrepublik im Jahre 1958 wurden nur rund 3.000 auf § 48 gestützt^{322a)}. Wenn es wirklich so einfach sei, über eine Klage aus § 48 geschieden zu werden, würde gewiß eine größere Zahl von Scheidungen über diesen Scheidungsgrund erstrebt werden. Davon abgesehen ist es im übrigen bedenklich, auf Fehlvorstellungen im Volke gleich mit Gesetzesänderungen zu reagieren. Demoskopie und "Volksüberzeugung" bekämen einen ihnen nicht zustehenden Rang im Gesetzgebungsverfahren.

Unzutreffend ist auch die Behauptung Boschs³²³⁾, zu allermeist sei eine einseitige schuldhafte Aufgabe der ehelichen Gesinnung durch den Ehemann zur alleinigen oder überwiegenden Ursache der Ehestörung geworden. Diese Argumentation läßt den Schluß zu, in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle klage der Ehemann, den noch dazu das Verschulden an der Zerrüttung treffe, und treibe die Frau zum Widerspruch.

321) vgl. Scheld, FamRZ 1961, 333: "Wird aufs Große gesehen, so haben Urteile aller Instanzen die Frau vor Verstoßung geschützt". Dabei dürfte es gleichgültig gewesen sein, in welchem OLG-Bezirk die Scheidungsklage erhoben wurde. Wie ein Senatspräsident eines OLG dem Verfasser andeutete, hat der BGH beispielsweise die scheidungsfeindlichen Urteile dieses OLG solange aufgehoben, bis das betr. Gericht seine Scheidungsrechtsprechung der BGH-Auffassung angenähert hatte.

322) a.a.O.

322a) Dabei muß allerdings berücksichtigt werden, daß in manchen Fällen die Klage nach § 43 und nicht nach § 48 erhoben wird, weil den aus § 48 erfolgreichen Kläger eine ungünstigere Unterhaltspflicht trifft. Während dem Kläger bei einem Obsiegen aus § 43 keine Unterhaltspflicht aufgebürdet wird, (§§ 48, 60 EheG), ist im Fall des § 48 der klagende Ehegatte nach § 61 II EheG unterhaltspflichtig, "die Eheleute können also durch entsprechende prozessuale Gestaltung den gesetzlichen Tatbestand für die Entstehung eines Unterhaltsanspruchs schaffen", so Horst Müller, JZ 1963, S. 437.

Die Scheidungsstatistik aus dem Jahre 1959 ergibt aber etwas anderes: Bei insgesamt 3162 Scheidungen aus § 48 hatte in 1732 Fällen der Mann, in 1116 Fällen die Frau die Scheidungsklage erhoben, während in 314 Fällen beide Ehegatten durch Klage und Widerklage die Scheidung betrieben hatten³²⁴⁾.

Manche Redner der CDU, wie beispielsweise der frühere Familienminister Dr. Wuermeling, sahen den Nutzen einer Neuformulierung des § 48 II vor allem darin, in den Fällen einer Konventionalscheidung die Position des beklagten Ehegatten zu stärken, dessen Widerspruch nun mehr gelte, besonders dort, wo die zermürbenden Verhandlungen zwischen den Rechtsanwälten über die Unterhaltsansprüche geführt würden. Praktisch bedeutet diese Auffassung, daß der Widersprechende sich für einen hohen Kaufpreis seinen Widerspruch abkaufen lassen kann. Er vermag seine Forderungen höher zu schrauben, da die Erfolgchancen des Klagenden durch die Neuregelung verringert wurden.

Eine der hervorragendsten Gegnerinnen der Änderung des § 48 II war die FDP-Abgeordnete Dr. Marie-Elisabeth Lüders. Bei ihr handelte es sich zudem um eine der besten Kennerinnen der Materie, war sie doch im Reichstag gleich nach dem Ende des ersten Weltkrieges für die Einführung des Zerrüttungsprinzips eingetreten. Dieses Prinzip sah sie nun durch die Wünsche der CDU bedroht.

Gegen ihren Widerstand und den Widerstand der gesamten Opposition setzten die Regierungsparteien jedoch die Änderung des § 48 II durch. Mit Wirkung vom 1.1.1963

323)a.a.O.

324) Nachweise bei Wittrock, a.a.O.; vgl. auch Gernhuber, a.a.O., § 24, III, s.S. 204: "Bemerkenswert ist, daß die alte Vorstellung von der Heimtrennungsklage als typisch männlicher Klage von der Statistik klar widerlegt wird", vgl. auch die dortigen Zahlennachweise.

wurde § 48 II durch Art. 2 Nr. 1 Buchstabe g des Familienrechtsänderungsgesetzes geändert. Hiernach ist der Widerspruch des beklagten Ehegatten nur dann ausnahmsweise unbeachtlich, wenn jenem die Bindung an die Ehe und die zumutbare Bereitschaft, die Ehe fortzusetzen, fehlen.

Bestehen blieb auch bei der neuen Fassung die bisherige Unterscheidung zwischen Zulässigkeit und Beachtlichkeit des Widerspruchs. Ein zulässiger Widerspruch liegt also nur vor, wenn ein Verschulden des Klägers für die Zerrüttung ursächlich war, und sich ergab, daß es hinsichtlich seiner Zerrüttungswirkung schwerer wog als die übrigen Zerrüttungsfaktoren³²⁵⁾.

Beim Tatbestandsmerkmal "Bindung an die Ehe" ist nicht die Bindung an den Ehegatten, sondern an die "konkrete Ehe" gemeint³²⁶⁾. Wie allerdings noch von einer Bindung an die Ehe gesprochen werden kann, wenn bereits die Voraussetzungen des Absatz I des § 48 erfüllt sind, dürfte wohl in vielen Fällen zweifelhaft sein. Müller-Freienfels meint hier³²⁷⁾, die Formulierung "Bindung an die Ehe" vertrage sich schlecht mit dem Absatz I, der ja bereits eine unheilbare Zerrüttung der Ehe voraussetze. Dieser Einwand mag oft berechtigt sein. Man darf dabei aber nicht übersehen, daß es durchaus Fälle geben kann, in denen sich die beklagte Ehefrau bei dreijähriger Trennung und bei Zerrüttung der Ehe noch eine solche Bindung bewahrt haben kann, da es für die Zerrüttung bereits genügt, wenn sie einseitig, beispiels-

325)Dunz, NJW 1961, 2137.

326)Müller-Freienfels, a.a.O., S.162.

327)a.a.O., S.160.

weise auf Seiten des Ehemannes vorliegt. Gewichtiger ist wohl der weitere Einwand Müller-Freienfels', in vielen Fällen bezwecke der Widerspreche weniger die Aufrechterhaltung dieser widerspruchsvollen Gemeinschaft als vielmehr die Verhinderung einer Wiederverheiratung³²⁸⁾. Zustatten kommt ihm dabei, daß auch das Fehlen des zweiten Tatbestandsmerkmals, die Fortsetzungsbereitschaft, vom Kläger schlecht nachgewiesen werden kann. "Wie solle die innere Einstellung des Partners, die Bereitschaft, die Ehe fortzusetzen, anders ermittelt werden, als durch das berüchtigte widerwärtige System, den Detektiv in Anspruch zu nehmen, damit er die innere Einstellung, die Bereitschaft zur Ehe feststelle", gab die Abgeordnete Dr.Lüders dem Plenum des Bundestages bei der Beratung des Familienrechtsänderungsgesetzes zu bedenken³²⁹⁾.

Dieser Einwand trifft die Problematik der Neufassung. Wie soll ein inneres Phänomen wie die zumutbare Bereitschaft, die Ehe fortzusetzen, durch den Richter überhaupt ermittelt werden können? Die damalige Abgeordnete und jetzige Gesundheitsministerin Dr.Schwarzhaupt will die zumutbare Bereitschaft an der Situation eines Ehegatten messen, der trotz dreijähriger Trennung und trotz Zerrüttung der Ehe einer Scheidung widerspreche³³⁰⁾. Es genüge für die Beachtlichkeit des Widerspruchs, wenn

328)a.a.O., S.161.

329)in diesem Sinne ebenfalls Müller-Freienfels, a.a.O., S.160: "Praktisch führt die Verstärkung des Subjektiven dazu, daß die Parteien im Prozeß ihre Anstrengungen auf das "Aufdecken der Fehler des Partners in der Vergangenheit und die Konzentrierung ihrer Angaben durch "Schwarz-Weiß-Malerei" steigern müssen."

330)FamRZ 1961, 329 (331).

der beklagte Ehegatte, obgleich mit einer gewissen Zurückhaltung, bereit sei, es wieder mit dem anderen zu versuchen. Dies wird nun nahezu jeder widersprechende Ehegatte behaupten, doch wie soll ihm der Kläger Gegenteiliges nachweisen?

2. Die neuere Judikatur des BGH auf der Grundlage der geänderten Vorschrift.

Seit der Neureglung des § 48 II EheG sind mittlerweile vier Jahre vergangen. Inzwischen hat der BGH auf der Grundlage der geänderten Vorschrift mehrmals entscheiden müssen. Die Urteile zeigen, daß der Gerichtshof inzwischen der Gefangene seiner eigenen Rechtsprechung geworden ist, die im Gesetz ihren Niederschlag gefunden hatte.

In zwei Fällen sogenannter "Ostehen" hatte der BGH die Ehe geschieden³³¹⁾, obwohl er auf Grund seiner bisherigen Rechtsprechung den Widerspruch für beachtlich hätte erklären müssen. Auf diese Inkonsequenz wiesen sogar Anhänger der damaligen Änderungsbestrebungen hin³³²⁾. Mit einem gewissen Kunstgriff erreichte der BGH hier die Scheidung. Da die Enge des Tatbestandsmerkmals "Beachtlichkeit des Widerspruchs" keine Möglichkeit zur Scheidung bot, der BGH aber offensichtlich die Ehe

331) BGH NJW 1962, S.913=BGHZ 36,357=LM Nr.45 zu § 48 II; BGH NJW 1962, S.1672; zust.Johannsen, Anm. zu LM Nr.45 zu § 48 II, allerdings ohne Eingehen auf die Bedenken des Schrifttums.

332) vor allem Habscheid, FamRZ 1963, S.10ff.; vgl. auch Soergel-Siebert, § 48, A.16: "Seitdem infolge der Änderung des § 48 II solche Erwägungen im Rahmen der Beachtlichkeit des Widerspruchs nicht mehr angestellt werden können, hat der BGH seine Argumentation in den Bereich des Verschuldens verlagert": krit. hierzu ferner Mikat, FamRZ 1963, S.65 ff.; "Hier ist der BGH aus an sich beachtenswerten und guten Motiven einen falschen Weg gegangen"; Bosch, FamRZ 1962, S.182; Schultz, MDR 1962, S.879; Palandt-Lauterbach, A.4 zu § 48; Dölle, Familienrecht, § 39, 3 b, cc, S.547 und Gernhuber, a.a.O., § 27, IV, 6 (S.261).

scheiden wollte, griff er auf die zuvor zu prüfende "Zulässigkeit des Widerspruchs" zurück. Einen ursprünglich zulässigen Widerspruch (wegen des Alleinverschuldens des Beklagten, der sich von seiner Frau abgewandt und einer anderen Frau zugewandt hatte) ließ er im Nachhinein wieder unzulässig werden (weil die Schuld des Klägers dann später doch nicht mehr ins Gewicht falle!). Der Leitsatz der einschlägigen BGH-Entscheidung lautete³³³⁾:

"Die unheilbare Zerrüttung einer Ehe, die zunächst von einem Ehegatten allein verschuldet worden ist, braucht in einem späteren Zeitpunkt nicht mehr als von diesem Ehegatten allein oder überwiegend verschuldet angesehen zu werden, wenn durch später eingetretene, schicksalsmäßig bedingte Umstände eine Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft ausgeschlossen erscheint."

Nicht zu Unrecht hat Habscheid³³⁴⁾ dem BGH hier vorgeworfen, den im Schuldrecht vorkommenden Begriff der überholenden Kausalität ins Eherecht einführen zu wollen, wenn seiner Rechtsprechung zufolge objektive Umstände nachträglich die verschuldeten Ursachen der Zerrüttung ausschließen sollen. "Die Zulässigkeit des Widerspruchs wird auf diese Weise zum Korrektiv, mit dem scheidungswürdige Ehen geschieden werden, die sonst wegen der Beachtlichkeit des Widerspruchs Bestand hätten³³⁵⁾. In einer späteren Entscheidung hat der BGH zu diesen Bedenken aus dem Schrifttum Stellung genommen (BGH NJW 1963, S.1350). Auch hier handelte es sich um einen Fall langjähriger zwangsweiser Trennung infolge

333)BGH NJW 1962,S.913; bestätigt durch die Entscheidungen BGH NJW 1962,1672 und NJW 1963,156.

334)a.a.O.

335)a.a.O.; ähnlich Bosch, FamRZ 1962, 183.

politischer Verhältnisse. Dem Ausnahmecharakter dieser Fälle muß dem BGH zufolge dadurch Rechnung getragen werden, daß neben der schuldhaften Aufgabe der ehelichen Gesinnung durch den Kläger auch die lang anhaltende Trennung zu berücksichtigen sei. Es bedarf dann einer wertenden Abwägung, welchem von diesen Umständen die größere Bedeutung für die Ehezerstörung zukommt. Eine derartige Abwägung ist dem BGH zufolge möglich, weil es für die Zerstörung auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommen soll, beide Umstände, Trennung und Verschulden, aber bis zu diesem Zeitpunkt hinwirken können^{335a}). Damit wird allerdings zum Ausdruck gebracht, daß man bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht die Entscheidung darüber fällen kann, ob die Ehe tatsächlich unheilbar zerstört ist. Ehezerstörung und Schuld werden damit als etwas Wechselndes, als sich ständig erneuernde Elemente angesehen^{335b}). Wenn der BGH hier auch mehrfach den Gesichtspunkt der Billigkeit hervorhebt und damit der Gerechtigkeit im Einzelfall zum Erfolg verhelfen will^{335c}), so erscheinen doch die Bedenken des Schrifttums nicht ausgeräumt: Ein ursprüngliches Verschulden wird eben doch durch objektive Umstände wieder aufgehoben.

Auf weniger anfechtbare Weise hat der BGH den Wortlaut des Gesetzes korrigiert, um die geringen Scheidungsmöglichkeiten nicht noch stärker zu verengen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist der Widerspruch dann nicht zu beachten, wenn dem widersprechenden Ehegatten die Bindung an die Ehe und eine zumutbare Bereitschaft fehlen, die Ehe fortzusetzen. Der Kläger stünde vor der äußerst

335a) hierzu Habscheid, FamRZ 1964, 62.

335b) vgl. Gernhuber, a.a.O., § 27 IV, 6, S. 261.

335c) für eine Berücksichtigung der Lage des Einzelfalles auch BGH NJW 1964, 298; grundsätzlich diesem Bestreben zustimmend Habscheid, FamRZ 1964, 62.

schwierigen Aufgabe, dem Beklagten nicht nur einen Mangel der ehelichen Bindung, sondern auch der entsprechenden Fortsetzungsbereitschaft nachweisen zu müssen, während es umgekehrt für die Beachtlichkeit des Widerspruchs genüge, wenn eines der beiden Momente vorläge. Beachtlich wäre demnach mit einem Beispiel Habscheids³³⁶⁾ der Widerspruch einer Frau, die, zum Beispiel aus Versorgungsinteressen, die "Bindung an die Ehe" hätte, aber zu ihrer Fortsetzung nicht bereit wäre. Der BGH hat jedoch, um dem Kläger nichts Unmögliches aufzubürden, das Vorliegen eines der beiden Momente für die Unbeachtlichkeit des Widerspruchs genügen lassen. Anstatt des Wortes "und" müsse die fragliche Gesetzesstelle "oder" heißen³³⁷⁾. Die Wissenschaft ist dieser Auslegung überwiegend gefolgt³³⁸⁾.

Läßt sich auf der einen Seite das Bestreben des BGH verzeichnen, sich noch Möglichkeiten zur Scheidung offenzuhalten - nicht ohne Widersprüche in der Argumentation - so führt auf der anderen die starke Subjektivierung des Tatbestandsmerkmals "Binderung an die Ehe" durch den BGH dahin, daß der Beklagte sich nahezu ausnahmslos auf dieses Moment stützen kann. Für die Frage, ob dem Beklagten die Bindung an die Ehe fehle,

336) FamRZ 1963, 6 (12).

337) BGH NJW 1962, 1294.

338) Vogel in Soergel-Siebert, A. 19 zu § 48; Habscheid, FamRZ 1963, 6 ff; Johannsen, Anm. zu LM Nr. 45 zu § 48 II; Palandt-Lauterbach, A. 5 zu § 48; a. A. Dunz, NJW 1961, 2137 und Dölle, Familienrecht, § 39, IV, b, cc, S. 545. Allerdings will Dölle dadurch Ungerechtigkeiten korrigieren und nicht jede Scheidungsmöglichkeit verhindern, daß an die "Zumutbarkeit zur Fortsetzung der Ehe" strenge Anforderungen zu stellen sind.

komme es nicht darauf an, ob dem Richter ein Festhalten des beklagten Ehegatten an der Ehe mit Rücksicht auf den unglücklichen Verlauf der Ehe sinnlos erscheine³³⁹⁾. Entscheidend sei vielmehr allein die subjektive Auffassung des beklagten Ehegatten, also, ob er einen von der Rechtsordnung nicht mißbilligten Sinn in dieser Ehe und ihrem Fortbestehen sehe und ob er demgemäß der Überzeugung sei, daß sein Festhalten an der Ehe diesem Sinn der Ehe diene^{339a)}. Als solche, eine echte Bindung begründende Motive nennt der BGH³⁴⁰⁾ dann den Gedanken an das Wohl der Kinder oder die religiöse Überzeugung von der Unauflöslichkeit der Ehe^{340a)}. Nur negative Regungen wie Hass, Rachsucht oder Abneigung sollen es unmöglich machen, sich auf eine Bindung an die Ehe zu berufen.

Das Ergebnis einer solchen Rechtsprechung liegt auf der Hand. Beruft sich der Beklagte auf eines der oben erwähnten positiven Motive, um seine Bindung an die Ehe darzutun, oder vermag er solches auch nur glaubhaft vorzuschützen, so ist der Richter außerstande, die Ehe zu scheiden. Denn es kommt, wie gesagt, nicht darauf an, ob der Richter die Ehe für sinnlos hält, sondern ob dieses von der Warte des Beklagten aus der Fall ist.

Es ist nicht übertrieben, wenn man behauptet, daß nur der ungeschickte Beklagte - derjenige also, der seinen Hass, Neid oder seine Rachsucht schlecht zu verber-

339)so eine der jüngeren BGH-Entscheidungen in NJW 1962, 1924.

339a)dagegen kommt es auf den subjektiven Standpunkt des Beklagten zum Schuldvorwurf nicht an; hier ist nach Auffassung des BGH nur entscheidend, ob er nach allgemein sittlichen Grundsätzen unter Berücksichtigung des Wesens der Ehe begründet ist(BGH NJW 1965,863).

340)BGH NJW 1962,1924.

340a)Zum Widerspruch des Beklagten, der während der Ehe den Glauben wechselt, vgl.Müller-Freienfels,JZ 1964, S.305,(310).

gen weiß - vergeblich gegen das Scheidungsbegehren angeht. So war beispielsweise in der Entscheidung BGH NJW 1963,1618 der Nachweis der fehlenden ehelichen Bindung möglich, weil die Beklagte gegen ihren Ehemann mit unbegründeten Strafanzeigen wegen Bigamie vorgegangen war. In der Entscheidung BGH FamRZ 1963, 174 hatte der Kläger deshalb Erfolg, weil sich die Beklagte ziemlich eindeutig dadurch ins Unrecht setzte, daß sie während des Scheidungsprozesses eine Heiratsanzeige aufgab und mit Heiratsinteressenten in Verbindung trat. Auch dürften Fälle wie derjenige in BGH NJW 1965,584, in welchem sich die Beklagte äußerst "ungeschickt" einließ, selten sein. Dort hatte die beklagte Ehefrau erklärt, sie wolle keine Aussöhnung mit dem Kläger, weil dieser ihr körperlich und seelisch so zuwider sei, daß ihr eine Aussöhnung unmöglich sei. Sie könnte auch unter keinen Umständen zu dem Kläger, gegen den sie eine unüberwindliche Abneigung empfinde und der sich nach ihrer Überzeugung nicht mehr ändern werde, zurückkehren und halte allein deshalb an der Ehe fest, weil sie in ihrem Alter nicht mehr als geschiedene Frau herumlaufen³⁴¹⁾ und für den Fall, daß der Kläger vor ihr versterbe, in den ungeschmälerten Genuß der Witwenrente aus der Angestelltenversicherung des Klägers kommen wolle. Angesichts derart starker negativer Reaktionen der Beklagten, aus denen diese auch keinen Hehl machte, ließ der BGH den Widerspruch der Ehefrau nicht durchgreifen.

Eine tatsächliche Vermutung dafür, daß auch die Beklagte sich nicht mehr an die Ehe gebunden fühlt, kann die Einwilligung der Beklagten in die Scheidung vor der Erhebung der Scheidungsklage begründen^{341a)}.

341) zu einer differenzierenden Betrachtung derartiger Aussprüche rät jedoch Dölle, Familienrecht, § 39, IV, 3 b, bb, S. 543.

Zwar kann auch hier die Bindung der Beklagten an die Ehe noch gegeben sein, zumal dann, wenn sich die Beklagte, nur durch den Druck des Klägers bewogen, auf Scheidungsverhandlungen eingelassen hat. Denn "die Lage des beklagten Ehegatten wäre unerträglich erschwert, wenn er schon bei jedem Eingehen auf die drängenden Angebote des Klägers, zu einer Scheidungsvereinbarung zu gelangen, und bei der Erhebung entsprechender wirtschaftlicher Forderungen befürchten müßte, daß sein Widerspruch gegen eine auf § 48 EheG gestützte Scheidungsklage für unbeachtlich erklärt werden müßte". (vgl. BGH NJW 1963, 1352). Doch sieht der BGH neben der Einwilligung in die Scheidung vor allem im Verlangen des Beklagten nach offensichtlich unangemessenen wirtschaftlichen Vorteilen für sein Einverständnis in die Scheidung ein Indiz für die fehlende Bindung an die Ehe^{341b}).

In den weitaus meisten Fällen wird sich der beklagte Ehegatte jedoch auf einen der oben skizzierten ethischen Gesichtspunkte zurückziehen und den Kläger in die aussichtslose Lage versetzen, das Gegenteil nachzuweisen; ein Unterfangen für diesen, dem selbst der BGH geringe Chancen gibt³⁴²). Auch andere Richter von Obergerichten haben inzwischen ihre Bedenken zum Ausdruck gebracht. Der Begriff der "Bindung an die Ehe" sei so schwer faßbar, meint Dunz³⁴³), und der Nachweis, daß diese Bindung beim Beklagten fehle, könne den Kläger leicht überfordern. Es stellt der Neufassung kein ermutigendes Zeugnis aus, wenn vom gleichen Autor mit der Möglichkeit gerechnet wird, der Kläger werde selbst gezwungen sein, einen nicht vorhandenen Rückkehrwillen zu heucheln.

341a) BGH NJW 1963, 156; durch die Erhebung einer unbedingten Widerklage gibt nach Dölle (Familienrecht, § 39, IV, 3, b, S. 540) der Beklagte im allgemeinen zu erkennen, daß er an der Aufrechterhaltung der Ehe kein Interesse mehr hat.

341b) vgl. BGH NJW 1963, 1352; zuletzt hierzu BGH NJW 1964, 2106.

342) BGH NJW 1963, 156: "Es ist in der Regel schwierig, gegenüber der gegenteiligen Behauptung des beklagten Gatten diesen Beweis zu führen".

Die starke Subjektivierung des Abs.II, das Abheben auf innere Vorgänge wie "innere Bindung" und "zumutbare Bereitschaft, die Ehe fortzusetzen" wird, wie Wittrock richtig im Bundestag darlegte³⁴⁴⁾, dazu führen, daß die Entscheidung über den erfolgreichen Ausgang des Verfahrens praktisch in die Hände des Anwalts verlagert wird. Dieser berät den beklagten Ehegatten und sagt ihm: "Laß Vergangenheit Vergangenheit sein, betone, daß Du heute die wirkliche Bereitschaft und die innere Bindung hast! Das ist eine Einlassung, welche nicht widerlegbar ist"^{344a)}. Insbesondere gilt dies im Fall von Einwendungen des beklagten Ehegatten, die dieser mit religiösen Gründen motiviert. Der BGH ist hier der Argumentation der Abgeordneten Schwarzhaupt³⁴⁵⁾ gefolgt, der Widerspruch einer frommen Katholikin, die nur aus religiösen Gründen nicht in eine Scheidung einwillige, verdiene Beachtung. Die Konsequenz dessen ist, daß jeder katholische Beklagte unter Berufung auf seine religiösen Bindungen eine Scheidung blockieren kann, selbst wenn der Richter der Auffassung ist, die weitere Ehe sei sinnlos. Der Folgerung Müller-Freienfels³⁴⁶⁾, die Gefahr bestehe, daß auf diese Weise wieder eine Trennung

343) NJW 1961, 2137; krit. auch Koebel (Sen.-Präs. am OLG Stuttgart), NJW 1964, 586.

344) a.a.O., wiedergegeben auch in DRiZ 1961, 297.

344a) sehr kritisch zu dieser tatsächlichen Unmöglichkeit des Klägers, über § 48 EheG erfolgreich klagen zu können, Palandt-Lauterbach, Anm. 4 zu § 48: "Mit diesen Überspannungen, die nichts mit dem staatlichen Schutz von Ehe und Familie durch GG 6 I zu tun haben, wird das Recht des Klägers auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, wie es GG 2 I garantiert, verletzt, da er, obwohl seine bisherige Ehe ohne seine alleinige oder überwiegende Schuld zerbrochen ist, gehindert wird, nunmehr ein neues Leben aufzubauen, insbesondere sich wieder zu verheiraten, oft auch in einer anderen Verbindung geborene Kinder zu legitimieren".

345) Protokoll der 10. Sitzung des Unterausschusses "Familienrechtsänderungsgesetz" des Rechtsausschusses des Bundestages vom 3.3.1961, dazu Müller-Freienfels, a.a.O., S. 161.

von Tisch und Bett in unser Recht hereingenommen werde, wird man schwerlich begegnen können³⁴⁷⁾. Aus der gegenwärtigen Rechtssituation hilft als Ausweg dann wohl nur noch die stärkere Heranziehung des Gedankens des Rechtsmißbrauches, worauf mehrere Autoren bereits hingewiesen haben³⁴⁸⁾.

346) in Ehe und Recht, S.164; zu dieser Frage auch Gernhuber, a.a.O., § 27 IV, 8 S.264; Lange, NJW 1963, 1968.

347) Diese Überlegung wird bestärkt durch die folgende Äußerung des Abgeordneten Böhm (CDU) im Bundestag (Sitzung vom 28.6.1961), a.a.O.: "Es ist ja möglich, daß die Brutalität, die Unanständigkeit des schuldigen Teils so weit gegangen ist, daß in der widersprechenden Frau wirklich alles zerstört ist, in diesem Fall soll aber ebenfalls nicht geschieden werden. Das besagt aber nicht, daß die eheliche Gemeinschaft aufrechterhalten werden muß, sondern es besagt bloß, daß der nicht schuldige Teil seinen Status in der Ehe mit samt den in der Ehe geborenen Kindern behalten soll".

348) Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S.167 ff; Dunz, NJW 1961, 2138; Vogel in Soergel-Siebert, § 48 Anm.30; Bosch, FamRZ 1962, 183 (hierzu krit. Johansen, Anm. zu LM Nr.45 zu § 48 II); Dölle, Familienrecht, § 39 IV, 3 b, cc, S.547.

3. Die Änderung des § 547 ZPO.

Mit dem § 48 II wurde gleichzeitig auch der § 547 ZPO geändert. Dessen erster Absatz³⁴⁹⁾ lautet nunmehr:

"Ohne Zulassung findet die Revision statt, insoweit es sich bei einer auf § 48 des EheG gestützten Klage darum handelt, ob der Widerspruch des anderen Ehegatten zu beachten ist".

Auch diese zivilprozessuale Änderung war zum Schutze des beklagten Ehegatten getroffen worden. Es soll künftighin verhindert werden, daß eine Revision des beklagten Ehegatten, dessen Widerspruch für unbeachtlich erklärt wurde, nicht zugelassen und damit dem BGH eine Nachprüfung des Vorbringens des Beklagten verwehrt wird. Der Zulassung bedarf die Revision demnach nicht mehr, wenn ein Widerspruch nach § 48 II erhoben und die Ehe allein aufgrund des § 48 trotz dieses Widerspruchs nach § 48 II 2 geschieden ist oder wenn die Scheidungsklage abgewiesen worden ist, weil ein Widerspruch nach § 48 II 1 EheG beachtet wurde³⁵⁰⁾.

Einige Schriftsteller wollen nach § 547 I nur die "Beachtlichkeit des Widerspruchs" einer Prüfung ausgesetzt sehen, während für die Prüfung der Zulässigkeit und des damit verknüpften klägerischen Verschuldens kein Raum mehr bleibe³⁵¹⁾. Andere Autoren, wie z.B. Lauterbach³⁵²⁾, gehen weiter. Sie wollen ganz allgemein die Revision zulassen, wenn die Ehe nach § 48 II geschieden ist. Auch die Zulässigkeit des Widerspruchs,

349) nach Dunz, NJW 1961, 2138 eine "ungewöhnliche prozessuale Sondervorschrift"; vgl. auch Scheld, FamRZ 1961, 333: "Das Gesetz erweitert auch die Revisibilität in Übereinstimmung mit den Vorschlägen von Bosch und dem vom Bundestagsabgeordneten Dr. Arndt geäußerten Gedanken, im Rechtsstaat dürfe der Richter a quo nicht über den Weg zum Richter ad quem entscheiden"; zu den Gründen der Einfügung des § 547 I vgl. Dölle, Familienrecht, § 39, IV, 1, S. 534.

350) Wieczorek, Kommentar, Band VII, Ergänzungen zu Bd. III, Nr. II b, 281.

351) Dunz, NJW 1961, 2138.

352) Baumbach-Lauterbach, Kommentar zur ZPO, § 547, Ziff. 2.

insbesondere die Verschuldensfrage, soll dabei einer Nachprüfung zugänglich werden, "da von der Vorfrage, ob der Kläger die Zerrüttung verschuldet hat oder nicht, die Beachtlichkeit abhängt"³⁵³⁾.

Der BGH hat sich in zwei Entscheidungen der letzteren Auffassung angeschlossen³⁵⁴⁾. In dem ersten Urteil (NJW 1963,156) hält er unter Berufung auf die Mehrheit des Bundestagsrechtsausschusses die Nachprüfung des Berufungsurteils auch hinsichtlich derjenigen Frage für möglich, ob die vom Untergericht angenommene unheilbare Zerrüttung der Ehe von dem klagenden Ehegatten ganz oder überwiegend verschuldet sei. Es solle zwar nicht der gesamte Tatbestand des § 48 EheG vom Revisionsgericht nachgeprüft werden, der Rechtsprechung müsse es aber überlassen bleiben, zu entscheiden, inwieweit diese Gesetzesbestimmung im Revisionsrechtszug überprüfbar sei. An einer vollen Nachprüfbarkeit soll dem BGH zufolge dieser dann gehindert sein, wenn die Revision allein nach § 547 zulässig ist. Die Beachtlichkeit des Widerspruchs hänge von der Vorfrage ab, ob der die Scheidung begehrende Gatte die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet habe. Auch dieser Umstand müsse nachgeprüft werden. Bestätigt wird diese Auffassung in der Entscheidung BGH NJW 1963,955. Hier hatte das Berufungsgericht festgestellt, der Kläger habe die Zerrüttung nicht ganz oder überwiegend verschuldet. Auch in diesem Urteil hält es der BGH für möglich, daß von ihm geprüft werde, ob der die Scheidung begehrende Ehegatte die Zerrüttung der Ehe ganz oder überwiegend verschuldet habe.

353) Baumbach-Lauterbach, a.a.O.

354) NJW 1963,156 und NJW 1963,955; einen Ausnahmefall dürfte die Entscheidung BGH NJW 1963,1781 bilden, in welcher der BGH auf Grund der besonderen Gestaltung des Berufungsurteils auch über die unheilbare Zerrüttung der Ehe, also über § 48 Abs.I, zu befinden hatte.

Diese Ausweitung der Nachprüfung auch auf die Zulässigkeit des Widerspruchs gibt zu Bedenken Anlaß. Sie sprengt den Rahmen, welcher dem Revisionsgericht gesteckt ist³⁵⁵). Dieses soll über Rechtsfragen entscheiden, wobei es an die Tatsachenfeststellungen des Untergerichts gebunden ist.(§ 561 ZPO). Läßt man die Prüfung des Verschuldens im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit zu, dann gerät man wieder in die Erörterung der Tatsachen und Umstände, welche zur Zerrüttung geführt haben. Deren Untersuchung aber ist Sache der Instanzgerichte, nicht Sache des Bundesgerichtshofes.

355)krit.hierzu Müller-Freienfels, a.a.O., S.254/56.

Z u s a m m e n f a s s u n g

Ehen, die nur auf dem Papier existieren, haben ihren Sinn verloren. § 48 EheG gibt die Möglichkeit zu ihrer Beseitigung. Diese Vorschrift dient einem echten Bedürfnis.

Der Richter kann die in § 48 enthaltene Spannung - Beseitigung inhaltsleerer Ehen auf der einen, Schutz des alternden Ehegatten vor Verstoßung auf der anderen Seite - aber nur gerecht lösen, wenn er, nicht durch starre Regeln beschränkt, in die Lage versetzt wird, die konkrete Ehe nach allen Gesichtspunkten hin zu untersuchen und dann die ihm gerecht dünkende Entscheidung zu treffen.

Im "Dritten Reich" hinderten ihn hieran nicht selten bevölkerungs- und rassenpolitische Tendenzen, die den Widerspruch des beklagten Ehegatten kaum durchdringen ließen. In den ersten Jahren nach 1945 war es genau umgekehrt, die Beachtlichkeit des Widerspruchs war zur Regel geworden. Gegenwärtig herrscht durch die Neufassung des § 48 im Gefolge der geänderten BGH-Rechtsprechung eine ähnliche Situation: Grundsätzlich muß der zulässige Widerspruch des beklagten Ehegatten auch beachtet werden. Wollen die Gerichte heute nach § 48 EheG scheiden - was durch die enge Fassung des Momentes "Beachtlichkeit des Widerspruchs" außerordentlich erschwert ist - müssen sie, wie die jüngste BGH-Judikatur zeigt, zu Hilfsgriffen, nämlich Korrekturen anderer Tatbestandsmerkmale, ihre Zuflucht nehmen. Dieser Weg verdient als ein Bemühen um eine gerechte Entscheidung zwar Anerkennung, verträgt sich aber schlecht mit dem Wortlaut der Vorschrift.

Lebenslauf

Der Verfasser wurde am 13. April 1935 in Halberstadt am Harz als Sohn des kaufmännischen Angestellten Werner Graehl und dessen Ehefrau Anni geboren. An der Dom- und Ratsschule in Halberstadt legte er im Frühjahr 1953 die Reifeprüfung ab. Im Sommersemester 1954 immatrikulierte er sich an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen. Nach einem 9-semesterigen Studium an den Universitäten Tübingen und Freiburg legte er im Sommer 1959 in Freiburg/Breisgau die erste juristische Staatsprüfung und nach Beendigung des juristischen Vorbereitungsdienstes im Land Baden-Württemberg im Sommer 1965 die zweite juristische Staatsprüfung ab. Er ist seit 8. März 1966 als Rechtsanwalt beim Landgericht Waldshut zugelassen.

